التوضيح

في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب

تأليف

خليل بن إسحاق الجندي المالكي

المتوفى سنة ٧٧٦هـ

ضبطه وصححه

الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب

أستاذ الحديث النبوي وعلومه

في كلية الدراسات الإسلامية بسرايفو والأكاديمية الإسلامية بزينيتسا

ومدرس العلوم الشرعية في معهد قطر الديني سابقاً



المجلد السادس

التوضيح

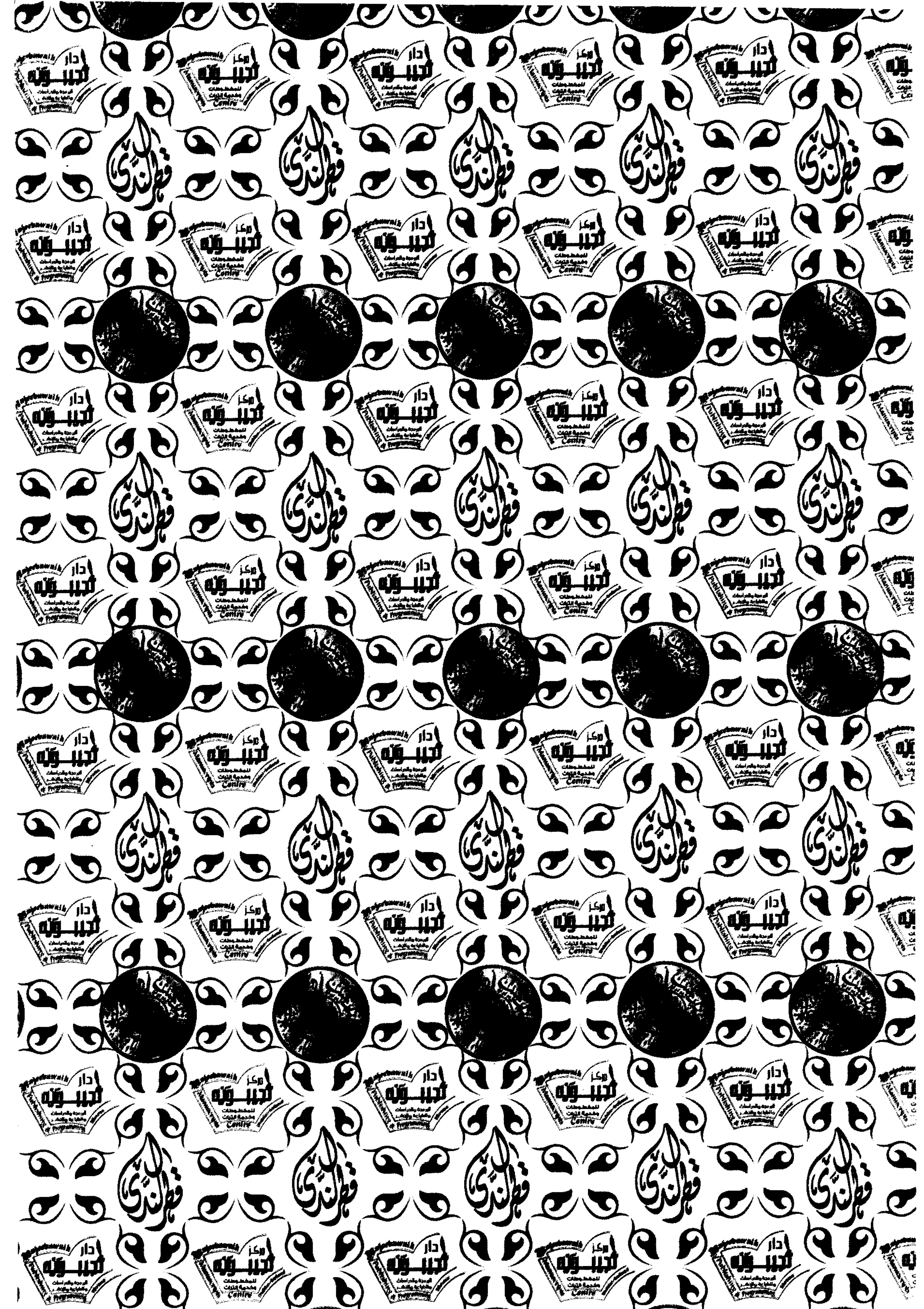
خليل بن إسحاق المالكي

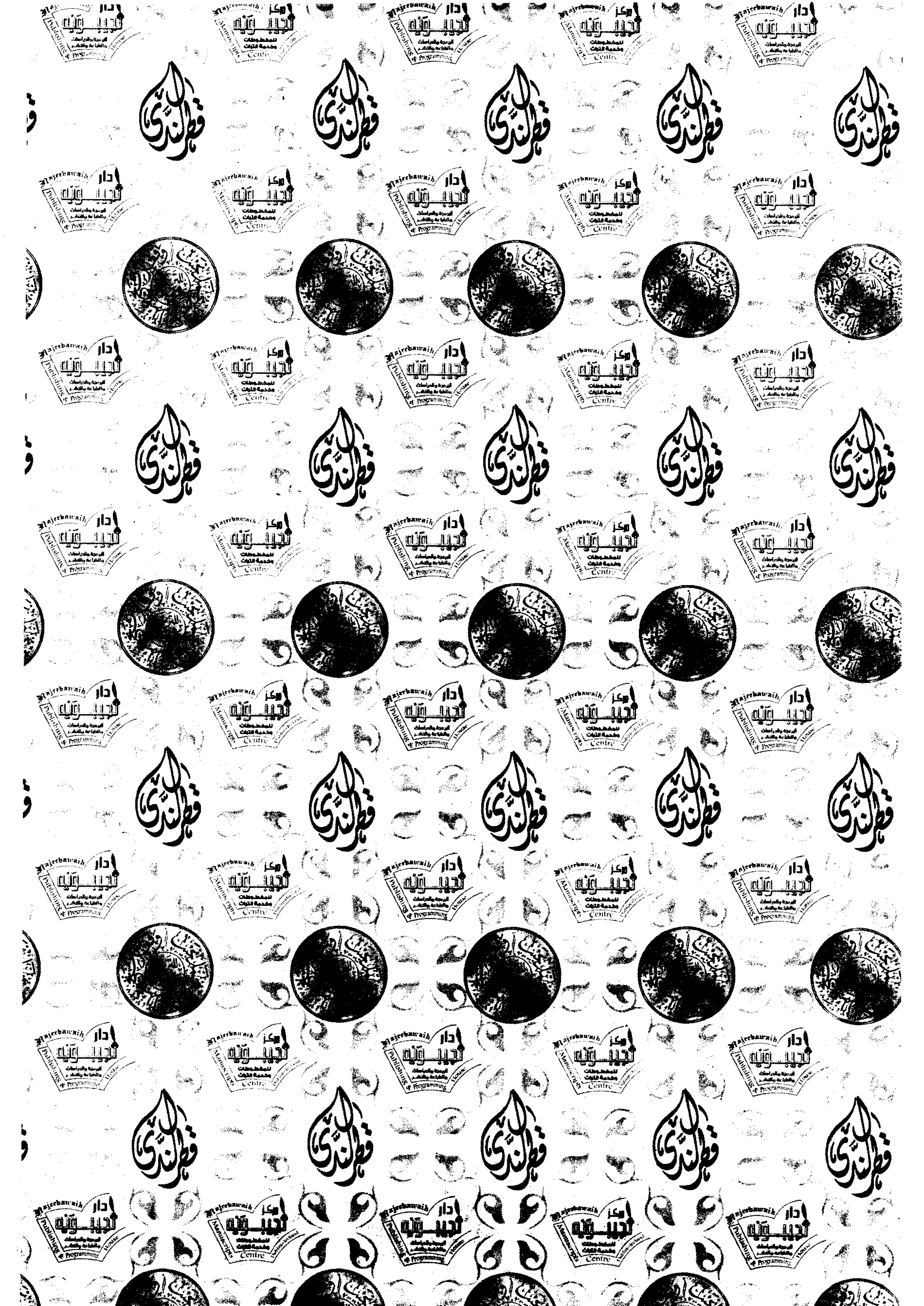
ضبطه وصححه

الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب



6







منشورات

مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث

www.najeebawaih.net

١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م

التوضيح

في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب

تأليف

خليل بن إسحاق الجندي المالكي

(المتوفى سنة ٧٧٦ هـ)

ضبطه وصححه

الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب

المجلد السادس


بسم الله الرحمن الرحيم

السَّلَمُ لَهُ شُرُوطٌ: الأَوَّلُ: تَسْلِيمُ جَمِيعِ الثَّمَنِ خَوْفَ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ

في الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**من أسلم فليسلم في كيل معلوم أووزن معلوم إلى أجل معلوم**».

واحترز بقوله: (**جَمِيعِ الثَّمَنِ**) مما لو نقد البعض فإنه لا يجوز، ونص على ذلك في المدونة، وبه قال محمد وغيره.

ابن راشد: وهو المعروف، وذكر ابن القصار قولاً بإمضاء ما تناجزا فيه، وهو مبني على أحد القولين في الصفقة إذا جمعت حلالاً وحراماً، ولأشهب قول ثالث: يجوز أن يتأخر اليسير لا النصف؛ لأن اليسير تبع فيعطى حكم متبوعه، وأشار سند إلى تخريج قول بإجازة تأخير الثلث مما أجازه مالك في الموَّازيَّة في الكراء المضمون إذا نقد الثلثين وتأخر الثلث.

وفرق غيره بأن مالكاً إنما أجاز ذلك في الكراء المضمون للضرورة؛ إذ الأكرياء يقتطعون أموال الناس، ولا ضرورة في السلم وأجرى اللخمي قولاً بالفرق بين أن يسمى لكل قفيز –مثلاً– ثمناً فيصح ما يقابل المقبوض، أولا فيبطل الجميع مما تقدم في الصرف من التفصيل لذلك، وفي تغليل المصنف بخوف الدين بالدين نظر من وجهين:

أحدهما: أن الخوف إنما يستعمل في المتوقع لا في الواقع، وإن اشترط التأخير فالمحذور واقع، ولا يقال: قوله: (**خَوْفَ الدَّيْنِ**) تعليل لتسليم جميع الثمن؛ لأن الخوف مع التسليم منتف.

الثاني: أن العلة غير منعكسة؛ لأن الدين بالدين قد ينتفي، والمنع باق فيما إذا كان رأس المال سلعة معينة، وأخرت بشرط لعلة أخرى؛ لأنه بيع معين يتأخر قبضه.

وَجُوِّزَ الْيَوْمَ والْيَوْمَيْنِ بِالشَّرْطِ، وَفِيهَا: وثَلاثَةٌ، وقِيلَ: لا يَجُوزُ

يجوز في (**جُوِّزَ**) أن يُبنى للفاعل ويكون مالك رضي الله عنه، وأن يبنى لما لم يسم فاعله، وعليه تكلم ابن عبد السلام وقال: إنما أتى به مبنياً لما لم يُسَم فاعله؛ لأنه لم يستحسن ذلك لدخوله تحت الدين بالدين.

وما نسبه للمدونة من الثلاثة هو في كتاب الخيار منها، والقول بأنه لا يجوز تأخيره بشَرْطٍ يوماً ولا يومين لابن سحنون، واختاره ابن الكاتب وعبد الحق وصاحب الكافي؛ لأنه ظاهر النهي عن الكالئ بالكالئ.

الباجي: وإنما يجوز التأخير إلى اليومين والثلاثة على المشهور، وأما من يجوز السلم إلى هذه المدة فلا يجوز التأخير عنده إلى هذه المدة؛ لأنه عين الكالئ بالكالئ، ويجب أن يقبض عند هذا القائل في المجلس أو بالقرب منه.

فَإِنْ أَخَّرَ أَكْثَرَ بِغَيْرِ شَرْطٍ فَقَوْلانِ

أي: أكثر من ثلاثة أيام؛ يريد: والثمن من النقدين لما سيذكره، والقولان لمالك، وبالفساد قال ابن وهب، قيل: وهو الصواب، وهو ظاهر المدونة في السلم.

الثاني: إذا ادعى أحدهما الفساد [٤٩٧/ ب] فقال: تأخر شهراً، وفي السلم الثالث ما ظاهره مخالفة هذا، فقال: إن تأخر رأس المال أكثر من ثلاثة أيام من غير شرط فيجوز ما لم يَحِل الأجل فلا يجوز، والجواز قول أشهب ورجع إليه ابن القاسم في الموَّازيَّة، ولابن وهب قول ثالث: إن تعمد أحدهما تأخيره لم يفسد، وإلا فسد، ولابن الماجشون وابن حبيب رابع: إذا مطل المبتاع للبائع رأس المال أو بعضه حتى حل الأجل، فالبائع مخير إن شاء أخذ منه رأس المال أو أعطاه طعامه أو يعطيه حصة ما نقده خاصة، وإن كان التأخير بسبب البائع لزمه الطعام كله.

ابن عبد السلام: والأقرب الفساد؛ لأنه دين بدين، وفي معنى تأخيره تأخير النصف فأكثر، وقيل: يحلف في اليسير بناء على إعطاء اليسير حكم نفسه أو حكم الكثير، فإن حصل قبض رأس المال حساً ولم يحصل معنًى، كما لو اطلع المسلم إليه على أن بعض الدراهم ناقص أو زائف ففي مختصر ابن شعبان: أنه إذا جاء بدرهم ناقص فاعترف الآخر أنه ينتقص من السلم بقدره، ولا شك أن هذه الباب أخف من الصرف، فكل ما جاز في الصرف يجوز هنا من باب أولى.

والمشهور وهو مذهب المدونة: جواز البدل وتأخيره اليومين والثلاثة. قال أشهب: إلا أن يكونا دخلا على ذلك ليجيزا بينهما الكالئ بالكالئ، وهو تقييد بعض الموثقين، وهذا عندي لا يعرف إلا ببينة تشهد على أصل تعاقدهما في الشراء أو بإقرارهما معاً.

المتيطي: وفسر سحنون ما في المدونة بأن الدراهم مكروهة أو زيوفاً، ولو كانت نحاساً أو رصاصاً ما حل أخذها، ولا التبايع بها.

أبو عمران: وهو ظاهر المدونة.

وقال في مختصر ابن شعبان: إذا جاء بدرهم ناقص واعترف الآخر به ينتقص من السلم بقدره، ولا شك أن هذا الباب أوسع من الصرف، قيل: ويجوز التأخير اليوم واليومين على قول ابن سحنون المتقدم أيضاً.

أشهب: يجوز تأخير البدل أكثر من ثلاثة أيام بشرط أن يبقى من الأجل اليوم واليومين، فإن أخره بشرط أمد بعيد، فإن عثر على ذلك بعد يوم أو يومين أبطل تراخيهما وأمر بالتناجز والبدل، وإن لم يعثر على ذلك إلا بعد أيام كثيرة فالعقد فاسد.

أبو بكر بن عبد الرحمن: العقدة كلها فاسدة؛ خوفاً من دخولهما على ذلك ابتداءً، ولم يفسد أبو عمران إلا قدر ما تأخر ويصح ما عداه، ورأى غيرهما الصحة في الجميع؛ لصحة العقد أولاً.

وَيَجُوزُ الْخِيَارُ إِلَى مَا يَجُوزُ التَّأْخِيرُ إِلَيْهِ بِالشَّرْطِ مِنْ غَيْرِ نَقْدٍ، فلو نَقَدَ -ولَو تَطَوُّعاً- فَسَدَ؛ لأَنَّهُ إِنْ تَمَّ فَسْخُ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ....

لما بين لزوم حكم العقد في السلم ذكر حكم الخيار فيه، وذكر أنه يجوز الخيار في السلم بشرطين:

أولهما: أن يكون إلى ثلاثة أيام فأقل؛ إذ هو الذي يجوز تأخير النقد إليه.

الثاني: لا ينقد ولو تطوعاً، ولو نقد فسد؛ لأن المسلم إذا نقد وتم العقد كان المسلم إليه قد أعطى سلعة موصوفة إلى أجل عن ثمن تقرر في ذمته، وذلك فسخ دين في دين، وعلى هذا فيجوز التطوع بما يعرف بعينه؛ لأنه لتعيينه ليس ديناً بدين.

فائدة: تشارك هذه المسألة في عدم النقد ولو تطوعاً مسائل: إذا بيعت الأمة على خيار وفيها مواضعة لهذه العلة؛ لأن الثمن دين على البائع فإذا تم البيع بانقضاء مدة الخيار صار المشتري قد اقتضى من ذلك الذي دفعه جارية فيها مواضعة، وبيع الشيء الغائب بخيار والكراء على خيار والأرض غير المأمونة قبل الري.

وَأَمَّا غَيْرُ النَّقْدِ فَيَجُوزُ تَأْخِيرُهُ لِتَعَيُّنِهِ، وَلَيْسَ دَيْناً بِدَيْنٍ لَكِنَّهُ كُرِهَ فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ كَالطَّعَامِ والثَّوْبِ، وَقِيلَ: إِذَا لَمْ يُكَلِ الطَّعَامُ ولَمْ يُحْضَرِ الثَّوْبُ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ؛ إِذْ لَمْ يَبْقَ فِيهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ....

هذا مستثنى من قوله: (**جَمِيعِ الثَّمَنِ**) أي: إنما يجب تسليم الجميع إذا كان نقداً، وأما غير النقد فيجوز تأخيره؛ لأنه لتعينه لا يكون ديناً، ثم ذكر أن مالكاً في المدونة كره

تأخير الثوب والطعام؛ يريد: إذا كان التأخير بغير شرط، وأما إن كان بشرط فإنه يفسد. نص عليه في المدونة، وحمل ابن محرز وغيره الكراهة على إطلاقها، ومنهم من قيدها بها إذا لم يكل الطعام الذي هو رأس المال ولم يحضر الثوب محل العقد، أما إذا كيل الطعام وأحضر الثوب فقد انتقل ضمانهما إلى المسلم إليه وصار كالحيوان، فلا معنى للكراهة.

وإليه الإشارة بقوله: (**وَقِيلَ: إِذَا لَمْ يُكَلِ...إلخ**) ولم يذكر المصنف الحيوان، ولعله رآه كالعرض كما قال بعضهم، وقد ذهب فضل بن سلمة وبعض القرويين إلى أنه لا فرق بين العرض والطعام إذا أخره، ولم يذكر المعين بغير شرط حل الأجل أم لا، وأنه جائز ماض، وأنه إنما أطلق الجواز في المدونة في مسألة الحيوان؛ لأنه سئل عن أمر وقع وكرهه في الأخرى ابتداءً، كما يكرهه في الأولى، وإليه نحا أبو عمران أيضاً، وذهب ابن أبي زمنين وجماعة من الشارحين إلى أن مذهب الكتاب أن تأخير رأس مال السلم بغير شرط المدة الكثيرة على ثلاثة أقسام؛ ففي العين يفسخ، وفي العرض والطعام يكره فيهما ذلك ولا يفسخ، وفي الحيوان لا يكره ذلك فيه ولا يفسخ؛ لأن الحيوان مما لا يغاب عليه، وقال أبو محمد اللؤلؤي: الطعام أشد؛ إذ لا يعرف بعينه، وفرق [٤٩٨/ أ] بين العروض والحيوان لأنهما مما يغاب عليهما، وهذا على القول بأن مصيبة الحيوان من مشتريه، وأما على القول بأن مصيبته من البائع فلا فرق بينه وبين العرض.

خليل: وينبغي أن تحمل كراهة الإمام في الطعام على التحريم؛ لأنه إذا لم يكل لم يكن بينه وبين العين فرق، وينبغي إذا أحضر الثوب أن يجوز؛ لأنه بحضوره يتعين، فلا يكون ديناً بدين، والله أعلم.

وَيَجُوزُ بِمَنْفَعَةِ مُعَيَّنٍ اتِّفَاقاً

أي: ويجوز أن يكون رأس المال منفعة معين كدار معينة ونحو ذلك.

واحترز بالمنفعة المعينة من المنافع المضمونة فلا يجوز أن تكون رأس المال؛ لأنه الكالئ بالكالئ، وحكى المصنف الاتفاق تبعاً لابن بشير، لكن ذكر المازري أن الشيخ أبو الحسن أشار إلى أن في الموَّازيَّة ما يدل على منع شراء المنافع بدين.

فإن قيل: لِمْ أجازوا هنا أن يكون رأس المال منافع معين ومنع ابن القاسم أخذها عن دين؟ **قيل:** لأن اللازم في محل المنع فسخ دين في دين، وهو أشد من ابتداء الدين بالدين.

والْمُجَازَفَةُ فِي الثَّمَنِ فِي غَيْرِ الْعَيْنِ جَائِزَةٌ كَالْبَيْعِ اتِّفَاقاً

يجوز في الثمن؛ أي: رأس المال أن يكون جزافاً في غير المعين.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام القاضي أبي محمد منع كون رأس المال جزافاً لما يتوقع من طرو ما يبطل الثمن فيفضي إلى التنازع.

ابن بشير في نوازله: والمذهب كله على خلافه.

وقوله: (**كَالْبَيْعِ**) يحتمل وجهين:

أحدهما: أن يكون قصد الاستدلال على من منع في السلم أن يكون رأس المال جزافاً؛ إذ هو بيع كسائر البيوع.

والثاني: أن يكون قصد الإحالة على ما تقدم من شروط الجزاف، وما فيه من الخلاف.

والثَّانِي: أَلاَّ يَكُونَا طَعَامَيْنِ ولا نَقْدَيْنِ؛ لِلنَّسَاءِ والتَّفَاضُلِ، وَلا شَيْءَ فِي أَكْثَرَ مِنْهُ؛ لأَنَّهُ سَلَفٌ بِزِيَادَةٍ، وَلا فِي أَقَلَّ مِنْهُ؛ لأَنَّهُ ضَمَانٌ بِجُعْلٍ....

الضمير في (**يَكُونَا**) عائد على العوضين، وتصور كلامه ظاهر، واختلف في سلم النخيل في الطعام؛ فمنعه ابن القاسم، وأجازه سحنون، وقال ابن سلمة: إن هو أزهى مُنِعَ، وإلا جاز.

قوله: (**لِلنَّسَاءِ والتَّفَاضُلِ**) النساء يدخل في الجنس والجنسين، والتفاضل خاص بالجنس الواحد.

قوله: (**وَلا شَيْءَ فِي أَكْثَرَ مِنْهُ**) أي: ولو كان من غير الطعام والنقدين.

ومفهوم قوله: (**فِي أَكْثَرَ مِنْهُ... وَلا فِي أَقَلَّ**) جواز سلم الشيء فيما يساويه، وفيه قولان: قول بالمنع مطلقاً وهو في المَوَّازِيَّة، وعزي أيضاً لأبي بكر الوقار، ومذهب المدونة الجواز بقيد ألا يقصد المسلم منفعة لنفسه، ففيها: فإن ابتغيت به نفع نفسك لم يجز؛ يريد: وكذلك إذا ابتغى به نفعهما جميعاً.

وكَذَلِكَ فِي أَجْوَدَ وأَرْدَأَ عَلَى الأَصَحِّ

أي: وكذلك يمتنع سلم الشيء في أجود منه وأردأ على الأصح تنزيلاً للجودة منزلة الكثرة، والرداءة منزلة القلة، ورأى مقابل الأصح أن اختلاف الصفة يصير الجنس كالجنسين.

إِلا أَنْ تَخْتَلِفَ مَنَافِعُهُمَا كَجِذْعٍ طَوِيلٍ أَوْ غَلِيظٍ فِي جِذْعٍ يُخَالِفُهُ

هذا استثناء من قوله: (**الأَصَحِّ**) الذي يمتنع فيه سلم الأجود في الأردأ أو بالعكس، فقال: إلا أن تكون منفعة الأجود والأردأ مختلفة فيجوز حينئذ سلم أحدهما في الآخر، وما ذكره المصنف قريب مما قاله في المدونة من أن الخشب لا يسلم فيها جذع في جذعين حتى يتبين اختلافهما كجذع نخل غليظ كبير غلظه وطوله، كذلك في جذوع قصار لا تقاربه فيجوز، ومنعه ابن حبيب، وصوبه فضل؛ لأن الكبير يصنع منه صغار، فيؤدي إلى سلم الشيء فيما يخرج منه، وأجيب بأوجه:

أولها: حمل ما في المدونة على أن الكبير لا يصلح أن يجعل فيما يجعل فيه الصغار أو أنه لا يخرج منه الصغار إلا بفساد لا يقصده الناس.

ثانيها: أن الكبير من نوع الصغير.

ثالثها: لعياض: المراد بالجذع الصغير المخلوق لا المنجور؛ لأن المنجور يسمى جائزة لا جذعاً. وعلى هذا فالكبير لا يخرج منه جذوع بل جوائز، فلا يلزم عليه سلم الشيء فيما يخرج منه، لكن قول المصنف: (**كَجَذَعٍ طَوِيلٍ أَوْ غَلِيظٍ**) يقتضي أنه يجوز إذا كان طويلاً فقط، وهو لا يتأتى فيه الجواب الثالث.

تنبيه:

الجواب الثاني: إنما يصح إذا بنينا على أن الخشب أصناف، وهو ظاهر كلام ابن أبي زمنين، فإنه قال: قوله في المدونة: "يمتنع سلم جذع في نصف جذع" لو كان الجذع من نوع واحد مثل الصنوبر، ويكون نصف الجذع من نخل أو نوع آخر غير الصنوبر لم يكن به بأس على أصل ابن القاسم. وفي الواضحة: الخشب صنف وإن اختلفت أصوله، إلا أن تختلف المنافع والمصارف مثل الألواح والجوائز وشبهها. وتردد بعضهم في كلام ابن حبيب هذا هل هو موافق لما قاله ابن أبي زمنين أو مخالف؟ لأن ظاهر كلام ابن أبي زمنين الاكتفاء في المخالفة باختلاف الجنسين، وابن حبيب لم يعتبر إلا المنافع، لكن لا يبعد أن يريد ابن أبي زمنين أن مطلق اختلاف الجنس لا بد معه من قيد اختلاف المنفعة فيتفق قولان:

وَكَالْحِمَارِ الْفَارِهِ فِي الأَعْرَابِيِّ

هذا معطوف على الجائز فهو جائز، والفراهة عبارة عن سرعة السير، وضابط هذا أن اختلاف المنفعة تصير الجنس الواحد جنسين، ولابن القاسم في المَوَّازِيَّة قولان آخران:

أحدهما: أَنَّ حُمُرَ مصر كلها صنف رفيعها ووضيعها، وإن كان بعضها أَسْيَرُ مِنْ بَعْضٍ وأحمل.

عياض: وهو مذهب المدونة، وقال: وتأول فضل على [٤٩٨/ ب] المدونة خلافه.

خليل: والظاهر ما تأوله فضل فإن بين الحمر عندنا بمصر اختلافاً كثيراً قَلَّ أن يوجد ذلك ببلد.

الثاني: أن الحُمُرَ كلها صنف، والمشهور أن البغال والحمير جنس، وهو مذهب المدونة، خلافاً لابن حبيب أنهما جنسان إلا أن يقرب ما بينهما، هكذا حكى القولين جماعة.

ورأى فضل أن ذلك ليس بخلاف، وأن كل واحد تكلم على عادة بلده وأن بينهما بالأندلس اختلافاً بَيِّناً، وفي مصر الأمر بخلافه.

وليس بظاهر؛ فإن الاختلاف فيها بمصر أظهر، وعورض مذهب المدونة هنا بمنعه في القسمة جمع البغال والحمير في قسم القرعة، ولولا أنهما عنده جنسان لأجاز الجمع بينهما وأجاب ابن يونس وغيره بأنه احتياط في البابين.

ابن عبد السلام: وهو جواب ضعيف؛ لأنه جمع في القسم بين الثياب التي لا شك في أن أجناسها مختلفة وأن منافعها متباينة كثياب الحرير والقطن والصوف والكتان، فأي احتياط هنا ؟! فإنه يجوز سلم الحرير في الصوف.

واختلف في سرعة السير، فلم ير محمد ذلك شيئاً. وقال عبد الملك: إذا اختلفا في سيرهما كاختلاف الخيل جاز سلم أحدهما في الآخر، قال: لأن فضل السير هو الذي يراد في البغال والحمير.

اللخمي: وهو أحسن؛ لأنه زيادة فضل يزاد في الثمن لأجله.

وكَالْجَوَادِ فِي حَوَاشِي الْخَيْلِ

الجواد هو السابق، قال في المَوَّازِيَّة: وليس الفرس الجميل السمين العربي صنفاً حتى يكون جواداً سابقاً.

وقال ابن حبيب: ليس السمن في الخيل يوجب الاختلاف؛ لأن المبتغى منه السبق والجودة، إلا البراذين العراض التي لا جري لها ولا سبق، بل تراد لما يراد لها البغال من الحمل والسير، فلا بأس أن يسلم الواحد منها في اثنين من خلافه، وجعل اللخمي الجمال مما تختلف به الخيل بشرط أن يقابله العدد، فيجوز سلم حميل في اثنين دونه؛ لأنه بمعنى المبايعة، وأما حميل في دونه فلا، وهو الأظهر.

وَكَذَلِكَ الإِبِلُ

أي: يسلم النجيب في غيره.

ابن عبد السلام: المعتبر عندهم الحمل خاصة، وليس السبق بمعتبر.

خليل: فسر التونسي النجابة بالجري فقال: النجيبة منها صنف، وهو ما بان بالجري، والجمال صنف، والدنيء صنف، وينبغي اعتبار كل من الحمل والسبق والسير، وهو الذي قاله اللخمي.

والْبَقَرُ والْمَعَزُ

قال المازري: تعتبر النجابة في ذكور البقر بالقوة على الحرث، وأما إناثها فمذهب ابن القاسم أنها كالذكور إنما تختلف بقوة العمل، وذهب ابن حبيب إلى أن الإناث إنما يعتبر فيها اللبن.

عياض: وما في الأسدية يرد عليه، وهو المعروف من مذهب ابن القاسم أن الحرث يراعى فيها.

تنبيه:

الجواز على مذهب ابن القاسم إنما هو إذا كان في معنى المبايعة، بأن تسلم البقرة القوية في البقرتين أو أكثر، أما سلم بقرة قوية في بقرة ليست كذلك فنص بعضهم على

المنع، وهو ظاهر؛ لأنه ضمان بجعل، وعكسه سلف بزيادة، لكن نص في الْمَوَّازِيَّة على خلافه، فإنه أجاز فيها سلم الفرسين السابقين في فرسين ليسا كذلك.

قوله: (**وَالْمَعَزُ**) أي: فيعتبر فيه الاختلاف بغزارة اللبن، حكى المازري على ذلك الاتفاق.

خليل: وانظر كيف اعتبروا غزارة اللبن في المعز ولم يعتبرها ابن القاسم في البقر، ولعل ذلك لأن المعز لا يمكن فيه غير ذلك. وفيه نظر.

بِخِلافِ الضَّأْنِ عَلَى الأَصَحِّ

فلا يعتبر الاختلاف باللبن في الضأن على الأصح، وحكاه ابن حبيب عن مالك وأصحابه وقال به، قال: ولا يُعْرَفُ مِنْ غَزَرِ اللبنِ في الضأن ما يوجب ذلك، وغير الأصح اعتبار غزارة اللبن في الضأن كالمعز، وعزاه اللخمي لابن الماجشون.

ابن يونس: وهو ظاهر المدونة، ولاسيما وقد جعل في المدونة الضأن والمعز كالجنس الواحد، قال فيها: ولا تسلم صغار الغنم في كبارها ولا معزاها في ضأنها، ولا ضأنها في معزاها؛ لأنها كلها منفعتها اللحم لا الحمولة، إلا شاة غزيرة اللبن موصوفة بالكرم، فلا بأس أن تسلم في حواشي الغنم فأطلق. وقال عبد العزيز بن أبي سلمة: الضأن والمعز صنفان.

وكَذَلِكَ كَبِيرٌ فِي صَغِيرٍ، وصَغِيرٌ فِي كَبِيرٍ عَلَى الأَصَحِّ بِشَرْطِ أَلا تَكُونَ الْمُدَّةُ تُفْضِي إِلَى مَعْنَى الْمُزَابَنَةِ فِيهِ، بِخِلافِ صَغِيرِ الآدَمِيِّ عَلَى الأَصَحِّ....

لما ذكر أن الجنس يختلف بالمنفعة شرع فيما يقع به الاختلاف من الصغير والكبير؛ أي: وكالاختلاف بالمنافع الاختلاف بالكبر والصغر.

قوله: (**كَبِيرٌ فِي صَغِيرٍ**) يحتمل أن يريد الجنس فيصدق على كبير في صغير وعكسه، وعلى كبيرين في صغيرين، وعلى كبير في صغيرين وعكسه، وعلى صغير في كبيرين وعكسه.

ويحتمل أن يريد الواحد، ويكون التعدد مأخوذاً منه من باب الأولى؛ لأن كل من أجاز مع الواحدة أجاز مع التعدد، والأصح ظاهر المدونة؛ لأن فيها: وَتُسْلَمُ كبار الخيل في صغارها، وكذلك الإبل والبقر، وعليه حملها ابن لبابة وأبو محمد وغيرهما واختاره الباجي، وغير الأصح: لا يجوز سلم أحدهما في الآخر مطلقاً، سواء اتحد أو تعدد.

وفهم بعضهم المدونة عليه، وهو في الموازية، ففيها: لا خير في قارح في حولين، ولا حولي في قارح، ولا صغير في كبيرين، وهذا من الزيادة في السلف.

سند: فجعلهما جنساً واحداً حتى تختلف المقاصد فيكون العدد من أحد الجنسين، والكبير من الجهة الأخرى ككبير في صغير. قال جماعة: ولا خلاف في جواز هاتين الصورتين.

وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر؛ [٤٩٩/أ] لأنه لم يستثنهما، وهذا إنما يأتي على الاحتمال الأول، وهو إرادة الجنس، أما على إرادة الواحد فيصير مفهومه الجواز مع التعدد، وهو مذهب العتبية، فإن عياضاً وغيره نقلوا عنها منع سلم صغير في كبير، وعلله بأنه زيادة في السلف، وجواز سلم صغيرين في كبيرين وعكسه، وجعل اختلاف العدد مقصوداً، واستشكله ابن يونس فقال: جعل صغيرين في كبيرين بمعنى البيع وصغير في كبير بمعنى السلف، ووهم المازري في حمل المدونة على هذا، قال: وسبب الوهم أنه ذكر أولاً منع صغير في كبير وعكسه، ثم قال: والذي يشبه التبايع سلم كبير في صغيرين وعكسه، قال: وكذلك صغيرين في كبيرين وعكسه، وفهم عنه أنه يفرق بين الواحد والاثنين، وهو السابق إلى فهم قارئه، ويمكن أن يوجد بينهما فرق، قال: وقد يحتمل ما قاله في الاثنين أنه عطف على أول كلامه بالمنع، وظاهر كلام المصنف جواز سلم صغير

الغنم في كبيرها لتعميمه، وهو مذهب ابن وهب في مختصر ما ليس في المختصر، ولذلك جاز سلم كبش في خروفين، ومذهب المدونة خلافه، ففيها: لا تسلم صغارها في كبارها. وسئل ابن القاسم: لِمَ كره مالك ذلك؟ فقال: ليس بين الصغير والكبير تفاوت إلا اللحم ولا أرى ذلك شيئاً.

سند: وهذا هو المعروف في المذهب فكان ينبغي للمصنف أن يذكره مع صغير الآدمي؛ لاتحاد المشهور فيهما، ولهذا قال ابن القاسم: الصغار والكبار من سائر الحيوان مختلفان إلا في جنسين خفيفين: الغنم وبني آدم. قال في المَوَّازِيَّة: والحولي صغير، والقارح والربع كبير، وقال ابن حبيب: صغار الحمر ما لم تبلغ الحمل والركوب، وقال في الإبل: الصغار فيها التي لا حمل لها.

وقال الباجي في البقر: حد الكبير في الذكور أن يبلغ حد الحرث، ومثله في الإناث على قول ابن القاسم، وعلى قول ابن حبيب أن تبلغ سن الوضع واللبن.

وقوله: (**بِشَرْطِ...إلخ**) إذا قلت: بجواز سلم الكبير في الصغير وعكسه فهو مشروط بأن لا يكون بينهما من المدة ما يؤدي إلى معنى المزابنة، فلا يسلم كبير في صغير إلى أجل ينتج فيه الكبير صغيراً، ولا يسلم الصغير في الكبير إلى أجل يصير فيه الصغير كبيراً، ومعنى المزابنة فيهما الخطر والقمار؛ لأنه إذا أعطاه الصغير في الكبير إلى أجل يكبر فيه فكأنه قال: اضمن لي هذا إلى أجل كذا فإن مات ففي ذمتك، وإن سلم عاد إليَّ وكانت منفعته لك، وإذا أعطاه الكبير في الصغير فكأنه أخذ هذا الكبير على صغير يخرج منه؛ أي: تلده الكبيرة فصار كمن أسلم شيئاً فيما يخرج منه والمزابنة في تقديم الصغير في الكبير؛ لأنه أعطاه الصغيرة في الكبيرة إلى أجل يبكر فيه الصغير.

ابن بشير: لأنه كمن أخذ صغيراً مشفع ويضمنه حتى يكبر، والبغال لا تنتج فسلمت من هذا التقدير.

قوله: (**بِخِلافِ صَغِيرِ الآدَمِيِّ**) أي: إن صغير الآدمي صنف واحد مع كبيره؛ فلا يسلم كبير في صغير وعكسه، وسواء اتحد العدد أو اختلف، والأصح حكى المازري الاتفاق عليه، ومقابله اختيار اللخمي، قال: القياس عندي أن يكون صغير الرقيق جِنساً مخالفاً لكبيره، واحتج بخلاف المنافع.

ابن عبد السلام: واختياره هو الصواب عندي.

وبِخِلافِ طَيْرِ الأَكْلِ بِاتِّفَاقٍ

يعني: أن طير الأكل لا يجوز سلم صغيرها في كبيرها ولا كبيرها في صغيرها باتفاق، ولكنه مقيد بالصنف الواحد.

ففي الواضحة الديكة والدجاج صنف واحد صغارها وكبارها، والإوز صنف، والحمام صنف لا يفترق في ذلك ذكر ولا أنثى، ولا صغار ولا كبار، وأخرج بطير الأكل طير التعليم، فإنه يختلف بسببه، وهل يختلف بالبيض؟ قال ابن القاسم: لا، وقال أصبغ: يختلف؛ فيجوز على قوله: أن تُسْلَمَ الدجاجة البَيُوضُ في اثنين أو أكثر غير بيوض.

والذُّكُورَةُ والأُنُوثَةُ فِي الآدَمِيِّ مُلْغَاةٌ عَلَى الأَشْهَرِ كَغَيْرِهِ بِاتِّفَاقٍ

يعني: أن الذكورة والأنوثة لا يختلف بها غير الآدمي من الحيوان باتفاق، وهل يختلف فيها الآدمي؟ الأشهر أنه لا يختلف كغيره، قاله مالك في المدونة والعتبية. وأكثر المتأخرين على مقابله؛ لاختلاف المنفعة، فإن منفعة الذكور المنفعة الظاهرة ومنفعة الإناث المنفعة الباطنة. وحكى المازري أن بعضهم خَرَّجَهُ مِنَ الاختلاف فيمن أسلم دجاجة بيوضة في ديكين.

وفيه نظر؛ لأن الحيوان إنما قيل به للبيض لا للذكورة والأنوثة فقط، وأن اللخمي خرجه من الاختلاف فيمن حلف بحرية من يملك من الذكور أو الإناث هل تلزمه هذه

اليمين أم لا؟ فمن ألزمه بنى على أنهما جنس فيكون كمن حلف بعتق بعض الجنس، ومن لم يلزمه بنى على أنهما جنسان، فلما حلف بعتق الذكور كان كمن لم يعم الجنس، وهذا مذهب المدونة في العتق الأول، وهو خلاف ما نص عليه في السلم أنهما جنس واحد.

وفيه نظر؛ لأن غاية ما يستفاد من مسألة الحالف اختلاف الجنسية، واختلاف الجنسية أعم من اختلاف المنفعة أو اتحادها، والحاصل مما تقدم من قوله: (**الْجَوَادِ**) إلى هنا أن الجيد لا يسلم في الرديء لما تقدم أن الجودة والرداءة لا ينقل جنسها على الأصح عن أصله إلا إذا كان معها معاراً آخر، ولذلك يسلم البعير المعروف بالنجابة في حواشيها كالخيل والبقر القوية على الحرث والعمل في حواشيها، والشاة الغزيرة اللبن في حواشي الغنم، والصغير والكبير مختلفان في سائر الحيوان إلا الغنم وبني آدم؛ لأن المراد من الغنم الغالب في اللحم، ومن بني آدم الخدمة في الحال والمآل، وأما غيرهما فمنافعها شتى كالقوة على الحمل، والنجابة في الجري.

أبو الظاهر: الحيوان ناطق، وغيره؛ فالناطق نصوص المتقدمين: لا يختلف [٤٩٩/ ب] بالكبر والصغر. وغير الناطق مأكول وغيره؛ وغير المأكول اختلف فيها المذهب كالخيل والبغال والحمير، وهو خلاف في شهادة. والمأكول ثلاثة: صنف فيه القوة على الحمل والعمل كالإبل والبقر فلا خلاف أن الصغير بخلاف الكبير، وصنف ليس فيه منفعة مقصودة ولا قوة على الحمل والعمل كالطير الذي للأكل لا للولادة لا خلاف في تسويه الكبير والصغير؛ لأن المقصود منهما معاً مجرد اللحم، وصنف لا قوة فيه على الحمل والعمل وفيه منفعة مقصودة وهي الذرية والنسل كالغنم ففيه قولان وهما خلاف في شهادة.

وَالصَّنَائِعُ النَّادِرَةُ فِي الآدَمِيِّ كَالتَّجْرِ وَالْحِسَابِ وَشِبْهِهِ مُعْتَبَرَةٌ بِاتِّفَاقٍ

كلامه ظاهر التصور، ولا يريد بـ(**النَّادِرَةُ**) أن تكون الصنعة قليلة الوجود جداً على ما يتبادر إلى الذهن من هذا اللفظ، وإنما مراده ما يوجد في بعض الأشخاص دون بعض.

المازري: والتجارة أيضاً تتنوع، فيجوز أن يسلم تاجر البز في تاجر القطن.

ولعل مراده الاختلاف بمجموع التجارة والحساب فيصح له الاتفاق، فإن اللخمي وغيره حكى قولاً بأن الحساب لا يختلف به الجنس، وهو المنقول عن ابن القاسم، فإنه نقل عنه أنه لا يرى الحساب والكتابة والقراءة توجب الاختلاف.

قوله: (**وَشِبْهِهِ**) أي: كالخياطة والبناية، ولا يريد بـ(**شِبْهِهِ**) الكتابة، فإن ابن زرقون حكى فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: لمالك وابن القاسم عدم اعتبارها في الذكور والإناث.

الثاني: لأصبغ وابن حبيب أنها معتبرة فيهما.

الثالث: لعيسى عن ابن القاسم أنها معتبرة في الذكور دون الإناث، وكان ينبغي أن يقول: شبههما؛ لأن العطف بالواو يوجب مطلق التشريك إلا أن يريد: مجموعهما.

بِخِلافِ الْغَزْلِ والطَّبْخِ إِلا مَا بَلَغَ النِّهَايَةَ

لأن الغزل والطبخ أمر عام، وإذا علمته الجارية من يومها علمته إلا ما بلغ النهاية، فإن بعضهن تبيع الغزل بوزنه فضة وبعضهن يطبخ أنواعاً فائقة، ونص ابن القاسم وغيره على أن الطبخ والغزل والخبز كصنعة واحدة، فلا خير في طباخة بخبازتين. وفيه نظر. وجعل في الموَّازيَّة الطبخ والخبز مما تختلف بهما الجواري، ولم يجعل الغزل وعمل الطيب ناقلاً، واستشكله التونسي في عمل الطيب ورآه ناقلاً، وتأوله على علم عمل صنعة الطيب.

وفِي الْجَمَالِ الْفَائِقِ قَوْلانِ

هذا الخلاف إنما هو منقول في الإماء، والقول بأنه لا ينقل لابن القاسم في الموَّازيَّة، والقول بالنقل لأصبغ.

محمد: وهو استحسان، والقول ما قال ابن القاسم وهو القياس. وقال المازري: الأصح قول أصبغ، واختاره التونسي وابن يونس وغيرهما.

ابن عبد السلام: وهو الأصح؛ لأن المراد من الجميلة غير المراد من غيرها، إلا أن أصبغ تارة يطلق الكلام في الجمال، وتارة يقيده بالفائق، فإن قيد كلامه بعضه ببعض -وهو الأظهر- كان في الجمال الفائق قولان كما ذكره المصنف، وإلا ففيه ثلاثة أقوال: يفرق في الثالث بين الفائق وغيره بخلاف النقد، والفائق الشاهي.

وَأَمَّا الْمَصْنُوعُ لا يَعُودُ، فَإِنْ قَدَّمَهُ وهَانَتِ الصَّنْعَةُ كَالْغَزْلِ لَمْ يَجُزْ عَلَى الأَشْهَرِ بِخِلافِ النَّقْدِ....

لما تكلم رحمه الله على ما يختلف به الجنس من المنفعة والخلقة والصنائع المتعلقة بالآدمي شرع في الصنائع المتعلقة بالجمادات، ثم إن المصنف تكلم على جميع أقسام المسألة، لأنه إما أن يسلم مصنوع في غيره أو العكس، أو مصنوع في مصنوع أو عكسه، وبدأ بالمصنوع إذا أسلمه في غير المصنوع.

واحترز بـ(**مَا لا يَعُودُ**) مما يعود إلى أصله مع بقاء ذاته كقدور النحاس وشبهها، وسيأتي ذلك.

ومثل المصنف الصنعة الهينة بالغزل.

و(**الأَشْهَرِ**) **المازري**: وهو المشهور، وغير الأشهر أنها صنفان، فيجوز سلم الغزل في أصله، وأشار بعض المتأخرين إلى أنه القياس، واختاره ابن يونس، وحمل سند اتحاد الجنسين على غليظ الغزل، بخلاف رقيقه لشدة تباين الغزل الرقيق مع أصله.

خليل: ويؤيده ما نص عليه في المَوَّازِيَّة أن الغزل الرقيق صنف، والغزل الغليظ صنف.

قوله: (**بخلافِ النَّقْدِ**) أي: فيجوز بيع الغزل بالكتان نقداً، لكن بشرط أن يكونا معلومين، فإن كانا جزافاً أو أحدهما لم يجز إلا أن يتبين الفضل بينهما. قاله في المَوَّازِيَّة، وهو مبني على أنهما جنس واحد فيؤدي إلى المزابنة.

وإِنْ كَثُرَتْ كَالنَّسْجِ جَازَ

هذا قسيم قوله: (**وَهَانَتِ الصَّنْعَةُ**).

وقوله: (**كَالنَّسْجِ**) أي: يجوز سلم الثوب في الغزل؛ لاختلاف الأغراض وتباين المنافع، قال في المدونة: لا بأس أن يسلم ثوب كتان في كتان أو ثوب صوف في صوف.

أبو محمد: إلا ثياب الخز؛ لأنها تنفش، وهذا هو المشهور؛ لانتفاء توهم المزابنة.

وفي المَوَّازِيَّة: لا يجوز بيع الصوف بالصوف إلا يداً بيد إلا أن يتبين الفضل بينهما. وهو يدل على أن المنسوج أصله جنس واحد، وتأوله أبو إسحاق على ما يعود صوفاً إذا نقض، واستبعده سند؛ لأن التهمة لا ينظر لصورتها، وإنما ينظر لقوتها، ويبعد في المنسوج أن يقصد إلى التعامل على نقض نسجه وغزله، قال: والمذهب الجواز مطلقاً، وذكر ابن يونس والمازري عن أشهب: أن النسج ليس بصنعة في الغزل، وأنه لا يجيز الثوب بالغزل إلى أجل ولا يداً بيد؛ للمزابنة، إلا أن يتبين الفضل بينهما، وقد جاء لمالك في النسج ما يقوي قول أشهب؛ لأنه قال فيمن اشترى غزلاً فنسجه ثم فلس المبتاع: إن النسج ليس يفوت [٥٠٠/ أ] به الغزل.

وَإِنْ قَدَّمَ أَصْلَهُ اعتُبِرَ الأَجَلُ

أي: وإن أسلم غير المصنوع فيما يصنع منه نظر إلى الأجل الذي ضربه المتبايعان، فإن أمكن أن يجعل فيه من غير المصنوع مثل ذلك المصنوع منع؛ لأنه مزابنة؛ إذ حاصله الإجارة بما يفضل مثلاً مِنَ الكتان عن الثوب، وهو مجهول، وإن لم يمكن أن يصنع جاز؛

لانتفاء المانع، وعدل المصنف عن أن يقول: وإن قدم غير المصنوع إلى قوله: **(وَإِنْ قَدَّمَ أَصْلَهُ)** لكونها أشمل؛ إذ هي تشمل سلم الغزل في الثوب، وفي كلامه إطلاق؛ لأن مقتضاه أن الأصل إذا قدم اعتبر فيه الأجل سواء هانت الصنعة أم لا، ولا يصح؛ لأن ما هانت الصنعة فيه يمتنع سواء قدم أصله عليه أو العكس، طال الأجل أم لا، وكأنه استغنى بما تقدم.

وَالْمَصْنُوعَ يَعُودُ مُعْتَبَرٌ فِيهِمَا

أي: إذا كانت الصنعة يمكن زوالها حتى يعود المصنوع إلى حاله قبل الصنعة كالرصاص والنحاس، فلابد من اعتبار الأجل.

وقوله: **(مُعْتَبَرٌ)** أي: الأجل المتقدم.

وقوله: **(فِيهِمَا)** أي: في صورتي تقديم المصنوع في أصله، وتقديم الأصل فيه، أما اشتراط الأجل فيهما إذا قدم غير المصنوع فظاهر، وأما إذا قدم المصنوع في غير المصنوع فلا معنى لاشتراط الأجل فيه؛ إذ يبعد أن يفسد المصنوع، ويزيد عليه من عنده ثم يدفعه للمسلم، إلا أن يحمل على صورة نادرة، وهو أن يكون المصنوع قليل الثمن لقدمه أو لغيره ذلك، فإذا زالت صنعته ظهرت له صورة. وفيه بُعْدٌ.

ابن عبد السلام: وينبغي أن يكون حكم هذه الصورة حكم سلم غير المصنوع في غير المصنوع؛ أي: فلا يجوز في أكثر؛ لأنه سلف بزيادة ولا في أقل؛ لأنه ضمان بجعل.

فَإِنْ كَانَا مَصْنُوعَيْنِ يَعُودَانِ نَظَرْتَ إِلَى الْمَنْفَعَةِ

يعني: فإن كان رأس مال السلم والمسلم فيه مصنوعين من جنس واحد والصنعة مع ذلك يمكن زوالها؛ أي: يمكن إعادة المصنوع إلى أصله اعتبرت المنفعة؛ أي: فإن تقاربت منفعتهما منع سلم أحدهما في الآخر، وإن تباعدت جاز. مثاله أن يسلم

مسامير في سيف أو منارة في إبريق. وإن تقاربت جداً منع؛ لأنه مزابنة كإبريق من نحاس في مثله. انتهى.

وفي المدونة: الحديد كله صنف حتى يعمل سيوفاً أو سكاكين، فيجوز سلم المرتفع منها في غير المرتفع، قال فيها: قلت: فما منع من الحديد حتى يكون سيوفاً وسكاكين ومرآة وغير ذلك، قال: إذا صنع الحديد افترق وصار أصنافاً مختلفة باختلاف المنافع، وكذلك النحاس وأصنافه كله صنف واحد حتى يعمل فيصير أصنافاً، وكذلك غير ذلك من الأشياء إذا عملت واختلفت منافعها.

وتقييده بالعودة يوهم أنهما لوكانا يعودان لا ينظر إلى المنفعة، وليس كذلك بل لا فرق بين ما يعود وما لا يعود، ولهذا لم يجز سلم الرقيق من الثياب في الرقيق منها إذا اتحد الجنس بخلاف الرقيق في الغليظ؛ لتباين المنفعة.

وَفِي السَّيْفِ الْجَيِّدِ بِالرَّدِيءِ قَوْلانِ

ذكر هذه المسألة إثر التي قبلها؛ لأنها داخلة تحت: (**الْمَصْنُوعَيْنِ يَعُودَانِ**).

ابن عبد السلام: ومذهب المدونة الجواز، ومذهب سحنون المنع.

خليل: لم يجعل في المدونة مطلق الجودة والدناءة مقتضياً للجواز، بل فيها المنع إلا أن يَبْعُدَ ما بينهم في الجوهر والقطع كتباعد الرقيق والثياب؛ فيجوز أن يسلم سيف قاطع في سيفين ليس مثله.

ابن يونس: ولم يجزه سحنون، والصواب الجواز؛ لتباين المنفعة.

فرع:

منع في المدونة سلم السيوف في حديد لا يخرج منه السيوف، وقال: لأن الحديد نوع واحد، قال: ولو أجزنا السيوف في الحديد لأجزت حديد السيوف في الحديد الذي لا يخرج منه سيوف، ولأجزت الكتان الغليظ في الكتان الرقيق.

أبو الحسن: والمسألة على أربعة أوجه:

أحدها: سلم السيوف في حديد يخرج منه السيوف.

والثاني: سلم السيوف في حديد لا يخرج منه السيوف.

والثالث: سلم حديد لا يخرج منه السيوف في سيوف.

والرابع: سلم حديد يخرج منه السيوف في سيوف. وكلها عند ابن القاسم ممنوعة.

وقال سحنون: لا بأس أن يسلم الحديد الذي لا يخرج منه السيوف في سيوف.

ابن عبد السلام: قال عبد الحق: وهو موافق للمدونة.

فانظر ما قاله ابن يونس عن ابن القاسم، لكن قال ابن بشير: إن ما تأوله عبد الحق غير صحيح وقد نص في الكتاب على خلافه، وأجاز يحيى بن عمر والبرقي سلم السيوف في حديد لا يخرج منه السيوف، وَنَظَّر ذلك يحيى بثوب الكتان في الكتان، وأنكر فضل تنظيره؛ لأن الثوب لا يعود كتاناً بخلاف السيوف، واختار اللخمي قول البرقي، قال: وليس إعادة السيوف حديداً مما يفعله العقلاء، وقوله في المدونة: ولو أجزت السيوف مع الحديد لأجزت الكتان الغليظ.....إلخ.

أبو الحسن: يعني بالكتان هنا: الشعر لا الغزل.

سؤال: قد تقرر في المذهب أن اختلاف المنفعة يصير الجنس الواحد جنسين وهو منخرم بما ذكرناه هنا عن المدونة.

المازري: فاختلفت طريقة الأشياخ في الاعتذار؛ فرأى بعضهم أن الدنيء مِنْ هذين النوعين قد يبالغ في عمله بلطافة الصنعة حتى يصير يعمل منه ما يعمل من الآخر، ورأى بعضهم أن هذا خلاف ظاهر المدونة؛ لأنه قال فيها: يعمل من أحدهما ما لا يعمل من الآخر، وأشار إلى أن العذر كون الاختلاف في هذه الصفات المشار إليها ربما وقع فيها الغلط

[٥٠٠/ب] وبناء على الاجتهاد والحرص بحمية الأربعة لئلا يعقد السلم على نوع لا تفاوت فيه، ويقول العاقد بل فيه تفاوت.

وَإِنِ اخْتَلَفَ الْجِنْسُ وتَقَارَبَتِ الْمَنْفَعَةُ كَالْبِغَالِ والْحَمِيرِ وثَوْبَيِ الْقُطْنِ والْكَتَّانِ فَقَوْلانِ....

تصوره واضح، وقد تقدمت مسألة البغال مع الحمير، ومذهب ابن القاسم في المدونة جواز سلم رفيع القطن في الكتان، والمنع لأشهب.

واختلف شارحو المدونة هل يؤخذ من هذه المسألة الخلاف من هذه القاعدة أولا؟ وإنما سبب الخلاف هنا خلاف في حال.

وفِي نَحْوِ جَمَلٍ فِي جَمَلَيْنِ -مِثْلِهِ- أَحَدُهُمَا مُعَجَّلٌ قَوْلانِ

أي: اختلف في جواز سلم جمل في جملين كل منهما مماثل له، وهو معنى قوله: (**مِثْلِهِ**). و(**مِثْلِهِ**) مجرور؛ صفة لجملين.

و(**أَحَدُهُمَا مُعَجَّلٌ**) أي: والآخر مؤجل، والمشهور المنع؛ لأن المؤخر عوض عنه والمعجل زيادة، ورأى في الشاذ أن المعجل بالمعجل والمؤخر محض زيادة، والقولان لمالك.

ابن عبد السلام: وأقربها جرياً على قواعد المذهب هو المشهور؛ لأن في هذه المسألة تقدير المنع وتقدير الجواز، والأصل في مثله تغليب المنع.

وقال المصنف: (**فِي نَحْوِ**) إشارة إلى أن هذا جار في الثياب ومثلها، وقيد الجملين بالمثلية تحرزاً من أن يكون المعجل مخالفاً لِلجَمَلِ المنفرد فيمتنع؛ لأنه تختلف الأغراض فيهما حينئذ فيتعلق الغرض بهما أو بالمتعجل، فإن تعلق بالمتأجل كان سلفاً، وكان المتعجل منهما زيادة، وإن تعلق بهما جميعاً كان جزءً مِنَ المنفرد متعلقاً بالمتعجل، وبقيته مع بقية المتأجل زيادة في السلف.

وأما لو كان عوض أحد الجملين دراهم أو دنانير فقال في المدونة: إن عجل الجملان جاز؛ تأخر النقد أم لا، وإن تأخر أحد الجملين امتنع؛ تعجل النقد أم لا؛ لأنه رباً.

وَأَلْزَمَ أَشْهَبَ عَلَيْهِ الْمُغِيرَةُ دِينَاراً لِدِينَارَيْنِ كَذَلِكَ فَالْتَزَمَهُ وَلا يَلْزَمُهُ

يحتمل أن أشهب هو المُلْزِمُ للمغيرة، وكذلك ذكره ابن بشير في كتاب الصرف، ويحتمل أن يكون أشهب مفعولاً مقدماً، والمغيرة هو الفاعل، وكذاك ذكره ابن بشير في السلم الثالث، وهو الذي ذكره المازري وغيره، وهو الصواب.

ويقع في بعض النسخ تقديم المغيرة، وهو واضح في هذا المعنى، ووجه الإلزام أن الزائد إن كان المقصود به المعروف جاز فيهما، وإلا منع فيهما، ورد عبد الحق الإلزام بأن الربا في العين أضيق؛ لأن الزيادة في العروض نقداً جائزة، وإلى أجل فيه خلاف.

وقد أجازه الشافعي وغيره بخلاف النقد فإنه أجمع على منع الربا فيه، إلا ما نقل عن ابن عباس بأنه أجازه فيه، ويقال: إنه رجع عنه، وإليه أشار بقوله: **(وَلا يَلْزَمُهُ)**.

واختلف الشيوخ بناءً على صحة الإلزام، هل يلزم المغيرة أن يقوله في دينارين معجلين للمعروف أم لا؟ لأن كلا منها صالح للعوضية، وليس أحدهما أولى بخلاف مسألة المعجل أحدهما.

ابْنُ الْقَاسِمِ: ومَنِ اسْتَصْنَعَ طَسْتاً أَوْ سَرْجاً فَسَلَمٌ، فَيُقَدَّمُ الثَّمَنُ وَيُضْرَبُ الأَجَلُ، وَيَفْسُدُ بِتَعْيِينِ الْمَعْمُولِ مِنْهُ وَالصَّانِعِ؛ لأَنَّهُ غَرَرٌ، وَقَالَ أَشْهَبُ: يَجُوزُ إِنْ شَرَعَ بِغَيْرِ أَجَلٍ....

لا شك في الجواز إذا لم يعين الصانع ولا المصنوع منه، وأنه سلم يجري على أحكام السلم من تقديم الثمن أو تأخيره اليومين والثلاثة، وضرب الأجل ووصف العمل.

و(**سَلَمٌ**) خبر مبتدأ محذوف؛ أي: فاستصناعه سلم.

(**وَيَفْسُدُ...إلخ**) هو مذهب ابن القاسم في المدونة، وما علل به المصنف من الغرر هو في المدونة؛ لأنه اشترى موصوفاً معيناً يخرج من هذا المعين، فقد يخرج وقد لا يخرج، وذكر ابن المواز عن أشهب الجواز من غير أجل إذا شرع في العمل، وفي حكم الشروع عنده أن يتأخر إلى ثلاثة أيام، وكلام المصنف يقتضي أن قول أشهب خلاف للأول. وقاله غير واحد، وذهب بعضهم إلى أنهما متفقان، وأن ابن القاسم منع إذا كان خروجه يختلف، وأن أشهب أجاز إذا كان خروجه لا يختلف، والطست بفتح الطاء وكسرها.

وفي المقدمات: السلم في الصناعات إلى أربعة أقسام: إما ألا يعين الصانع والمعمول منه، وإما أن يعينهما، وإما ألا يعين الصانع ويعين المعمول منه، وعكسه.

فأما الأول: فهو سلم لا يجوز إلا بضرب الأجل ووصف العمل وتعجيل رأس المال.

وأما الثاني: وهو أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه -فليس بسلم، وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع، فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل أو تمكن إعادته للعمل فيجوز على أن يشرع في العمل، وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام ونحو ذلك، فإن كان على أن يشرع في العمل جاز بشرط تعجيل النقد وتأخيره، وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى ثلاثة أيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط حتى يشرع في العمل.

وأما الوجه الثالث: وهو ألا يشترط عمله بعينه ويعين المعمول منه، فهو أيضاً من باب البيع والإجارة في المبيع، إلا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره إلى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد وتأخيره.

وأما الوجه الرابع: وهو أن يشترط عمله دون المعمول منه، فلا يجوز على حال؛ لأنه يجتذبه أصلان متناقضان: أحدهما لزوم النقد لكون ما يعمل منه مضموناً، وامتناعه لاشتراط عمل العامل بعينه، وبالله التوفيق.

وَأَمَّا لَوِ اشْتَرَى الْمَعْمُولَ مِنْهُ واسْتَأْجَرَهُ عَلَيْهِ جَازَ

فارقت هذه المسألة التي قبلها بأن التي قبلها لم يدخل المبيع في ملك البائع، وهذه دخل في ملكه أولاً ثم آجره على عملها.

وقوله: (**جَازَ**) هذا على المشهور من جواز البيع والإجارة خلافاً لسحنون في منعه البيع والإجارة إذا كان محل الإجارة في [٥٠١/ أ] نفس المبيع كما سيأتي إن شاء الله تعالى، والجواز مقيد بما إذا كان خروجه معلوماً، وأما إن اختلف مثل أن يبيعه ثوباً على أن على البائع صبغه أو نسجه أو يبيعه خشبة على أن يعملها تابوتاً فهو ممنوع.

وذكر ابن حارث في كتابه الاتفاق عليه، إلا أنهم فصلوا فيه بين ما يمكن عوده فيجوز إذا اشترط إعادته حتى يخرج على الوجه المشترط كحديد على أن يضربه سيوفاً لانتفاء الجهالة وبين ألا يمكن عوده فلا يجوز، كغزل على أن ينسجه للجهل بخروجه. وإلى هذا أشار بقوله:

وفُرِّقَ بَيْنَ ثَوْبٍ وتَوْرٍ يُكَمِّلُهُمَا؛ لأَنَّ التَّوْرَ مُمْكِنُ الإِعَادَةِ

يجوز بناء (**فُرِّقَ**) للمفعول وللفاعل، ويكون عائداً على مالك؛ لأنه وقع له هذا في الموَّازيَّة.

ووقع في بعض النسخ (**يُكَمِّلُهُمَا**) وفي بعض النسخ (**يَعْمَلُهُمَا**) والمسألة إنما هي في الموَّازيَّة على (**يُكَمِّلُهُمَا**) وقال ابن عبد السلام: (و **يُكَمِّلُهُمَا**) أقرب إلى النصوص، قال في الموَّازيَّة والواضحة المنع من شراء ثوب نسج البائع أكثره وبقي أيسره على أن على البائع نسج باقيه"، وزاد في الواضحة ألا يكون الباقي منه يسيرا جدا.

ابن عبد السلام: نقلت كلام ابن حبيب هذا من حفظي ولا إشكال في صحة معناه.

خليل: ولأن نسخة (**يَعْمَلُهُمَا**) راجعة إلى المسألة التي قبلها.

واعلم أن ما ذكره من عدم الجواز إذا لم تمكن الإعادة مقيد باليسير، وأما الكثير فلا؛ لأنه إن فسد عمل له من بقيته كاللبن غير المطبوخ، نص عليه ابن محرز، وقال: ولا بد من الشروع في العمل لئلا يكون معيناً يضمن إلى أجل، قال: وأما الممكن الإعادة كالرصاص فيجوز وإن كان يسيراً إلا أنه إن لم يأت على ما شرط أمكنه كسره وإعادته، قال: ولذلك رأوا ضمانه إن هلك من مشتريه؛ لأنه قد ملكه بالشراء، وإنما شرط على بائعه صنعة، فيه فيضمنه ضمان الصناع.

وَأَمَّا نَحْوُ الْقَصَّابِ والْخَبَّازِ الدَّائِمِ الْعَمَلِ فَقَدْ أُجِيزَ الشِّرَاءُ مِنْهُ إِجْرَاءً لَهُ مَجْرَى النَّقْدِ، واسْتَقْرَأَ اللَّخْمِيُّ مِنْهُ السَّلَمَ الْحَالَّ....

هذا مقابل القسم الذي قبله؛ لأن الأول الصانع فيه غير معين والمصنوع معين، وهذا الصانع معين والمصنوع غير معين، ثم هو ينقسم إلى قسمين:

أحدهما: أن يكون الصانع دائم العمل.

والثاني: ألا يكون دائمه.

وذكر المصنف أنهم أجازوا الشراء من الصانع الدائم العمل كل يوم بكذا، وهذا هو المشهور، وروي عن مالك المنع. وعلى المشهور يشترط أن يكون ذلك موجوداً عنده، وأن يشرع في الأخذ ولا يشترط فيه ضرب الأجل، بل يجوز أن يكون مؤجلاً كغيره، ويجوز أن يكون حالاً، وسواء قدم النقد في ذلك أو أخره. وفي العتبية عن مالك عن سالم بن عبد الله رضي الله عنه قال: كنا نتبايع اللحم من الجزارين بسعر معلوم نأخذ كل يوم رطلين أو ثلاثة بشرط أن ندفع الثمن إلى العطاء.

مالك: ولا أرى به بأساً إذا كان العطاء معروفاً.

ابن رشد: ولاشتهارها سميت بيعة المدينة.

وقوله: (**إِجْرَاءً لَهُ مَجْرَى النَّقْدِ**) يحتمل معنيين:

أحدهما -وهو الأقرب-: أنهم جعلوا المسلم فيه هنا كالحال، ولهذا أجازوا فيه تأخير رأس المال، وأبطلوا بقيته بموت المسلم إليه.

ابن القاسم: ولو كان سلماً لأخذ من تركته.

والثاني: أنه لما كان الغالب من الصانع الذي هذا شأنه تحصيل ما أسلم إليه، ولا يعوزه وجوده كما لا يعوز غيره، صار وجوده عنده كالنقد بالنسبة إلى جميع الناس، فكما يجوز البيع بالعين على الحلول كذلك، فلفظ النقد على الثاني مستعمل في الدنانير والدراهم، وفي الأول مستعمل في مقابلة الأجل، وروي عن مالك أنه لا يجوز تأخير رأس المال في هذه المسألة، ورآه من باب الدين بالدين، واختلف لو نقد أكثر هل للمشتري مقال في الفسخ كاستحقاق الأكثر أولا مقال له في رد القليل المقبوض كالجائحة؟ وعلى أنه لازم في المقبوض وحده فاختلف هل تقع المحاسبة فيما قبض على مقدار ما لم يقبض من غير نظر إلى الزمان، أو إنما ينظر إلى قيمة ما شرط قبضه باعتبار زمانه؟ فقد يكون الربع المقبوض أولاً مساوياً لقيمة النصف، وهو الأظهر، والله أعلم.

وذكر المصنف أن اللخمي استقرأ من هذه الصور جواز السلم الحال، وقد تقدم ما يرد هذا الاستقراء؛ لأنه إنما أجيز هذا لتيسيره عليهم بخلاف غيرهم.

تنبيه:

وأما القسم الثاني وهو ألا يكون مستديم العمل فقال ابن بشير: قد أعطوه حكم السلم وأجازوه للضرورة، وقال: يشترط أن يكون أصل المسلم فيه يبقى إلى أجل السلم فأبعد، ويقدم رأس المال، فإن تعذر شيء من المسلم فيه تعلق بالذمة.

الثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ فِي الذِّمَّةِ لِئَلاَّ يَكُونَ بَيْعٌ مُعَيَّنٌ إِلَى أَجَلٍ

وحقيقة الذمة أمر تقديري يفرضه الذهن وليس بذات ولا صفة لها، فيقدر المبيع وما في معناه كأنه في وعاء عند من هو مطلوب به، فالذمة هي الأمر التقديري الذي يجري ذلك المبيع أو عوضه مجراه، أي ولا يجوز بيع معين يتأخر قبضه؛ لأنه إن لم يكن في ملك البائع، فالغرر ظاهر، وإن كان في ملكه فبقاؤه على تلك الصفة غير معلوم؛ لأنه يلزم منه الضمان بجعل؛ لأن المسلم يزيد في الثمن ليضمنه له المسلم إليه، ولأنه إن لم ينقد الثمن اختل شرط السلم، وإن نقده كان دائراً بين الثمن إن لم يهلك والسلف إن هلك.

فإن قيل: من البياعات ما يجوز بيعه على أن يقبضه المشتري بعد شهر فلم لا أجيز هنا كذلك؟ **قيل:** هذا إنما هو في [٥٠١/ ب] البيع، وكلامنا في السلم.

فإن قيل: قد أجاز ابن القاسم كراء الدابة المعينة تقبض بعد شهرين، ويلزم عليه جواز السلم في معين إلى أجل.

قيل: الفرق أن الدابة المعينة ضمانها من المبتاع بالعقد أو التمكن، فإذا اشترط تأخيرها كان ضمانها من البائع، فيلزم ضمان بجعل، بخلاف منافع العين فإن ضمانها من ربها، فلم يشترط إلا ما وجب عليه.

الرَّابِعُ: أَنْ يَكُونَ مَقْدُوراً عَلَى تَحْصِيلِهِ غَالِباً وَقْتَ حُلُولِهِ؛ لِئَلاَّ يَكُونَ تَارَةً سَلَفاً وَتَارَةً ثَمَناً ....

قوله: (**غَالِباً**) أي: فلا يعتبر عدمه نادراً؛ لأن الغالب في الشرع كالمحقق.

وقوله: (**وَقْتَ حُلُولِهِ**) إشارة إلى أنه لا يشترط وجوده قبل ذلك، وعلى هذا فيجوز السلم فيما له إبار، وهو مذهب مالك والشافعي وأحمد خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه في اشتراط وجوده من حين أسلم فيه إلى حين وجوده؛ لاحتمال الموت والفلس، ولم يعتبر

أصحابنا ذلك؛ لأنه من الأمور النادرة، والظاهر أن العلة التي ذكرها من كون الثمن تارة يكون ثمناً وتارةً سلفاً جارية فيما يعرف بعينه وفيما لا يعرف بعينه، وإن كان ابن عبد السلام يقول: السلف لا يمكن فيما لا يعرف بعينه.

ومعنى: (**تَارَةً سَلَفًا**) إن لم يقدر على تحصيله (**وَتَارَةً ثَمَنًا**) إن قدر على تحصيله.

فَلا يَجُوزُ فِي نَسْلِ حَيَوَانٍ بِعَيْنِهِ

أي: من أجل كون اشتراط المسلم فيه مقدوراً على تحصيله عند حلول الأجل امتنع السلم في نسل حيوان معين لفقد الشرط المذكور، وأجاز اللخمي السلم في نسل حيوان بعينه على صفة معلومة إن وجدت، بشرط ألا ينقد الثمن، وبشرط قرب الوضع، قال: ويختلف إذا كان الموضع بعيداً لموضع التحجير، فيجوز على أصل ابن القاسم، ويمتنع على أصل غيره.

سند: وما قاله لا يحتمله المذهب ولا غيره؛ لأن ما لا يقدر على تسليمه عند الأجل ولا تعرف له صفة يُعْرَفُ بِهَا يمتنع بيعه، سواء وصف أم لا، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما في الأرحام من غير تقييد، ولا يعرف فيه خلاف.

وَلا حَائِطٍ بِعَيْنِهِ إِلا أَنْ يُزْهِيَ فَيَكُونُ بَيْعاً لا سَلَماً

قال في المدونة: ومحمل هذا عند مالك محمل البيع لا محمل السلم، ولم يذكر شروطه، كما ذكر ابن شاس وكما ذكر في المدونة؛ لأنه ليس من باب السلم، وعلى أن بعضها قد يؤخذ بالقوة.

الأول: أن يُزْهِي ويصير بُسْرَاً؛ لأن بيعه قبل الإزهاء غير جائز؛ للنهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

الثاني: أن يذكر القدر من كيل أو وزن أو عدد.

الثالث: أن يكون المشترى مما يسعه الحائط.

الرابع: أن يبقى زهوه أو رطبه إلى أجل لا يثمر فيه.

الخامس: أن يكون مؤجلاً.

السادس: أن يذكر ما يأخذ كل يوم، وهل الأيام متوالية أو متفرقة، ولا يجوز على أن يأخذ كل يوم ما شاء، ولو شرط أخذ الجميع في يوم لجاز.

السابع: أن يسلم إلى مالكه؛ لأن السلم فيه إلى غيره غرر؛ إذ قد لا يبيعه المالك.

الثامن: أن يشرع في الأخذ حين الشراء أو بعد أيام يسيرة، قال في المدونة: والخمسة عشر يوماً قريب، وقيل: العشرون قريب، وقيل: لا يجوز التأخير أصلاً، وإنما جاز أن يشترط أخذه بسراً أو رطباً لا تمراً؛ لِبُعْدِ مَا بَيْنَ البُسْرِ والرطب والتتمير، فيدخله الخطر بخلاف العقد على ما في الحائط جزافاً فله تركه إلى أن يتمر؛ لأن الجزاف قد تناوله العقد على ما هو عليه، وقد تسلمه المبتاع بدليل أنه إذا أراد بيعه لم يمنع ولم يبق على البائع فيه ضمان إلا ضمان الجوائح، وهو خلاف الأصل، وفي السلم لا يتناوله على ما هو عليه، وإنما يتناوله على صفة الجوائح، وهو خلاف الأصل، وفي السلم لا يتناوله على ما هو عليه، وإنما يتناوله على صفة غير موجودة فكان غرراً، وهذه التفرقة هكذا هي الصواب، وفي ابن بشير العكس، وهو خطأ على المذهب لا شك فيه، قاله ابن عبد السلام.

بعض القرويين: وهذه الشروط إنما تلزم إن سموه سلماً، وأما إن سموه بيعاً فلا يلزم ويكون على الفور؛ إذ بعقد البيع يجب له قبض الجميع.

فرع:

فإن وقع البيع بشرط البقاء إلى التتمير نُظِرَ فإن وقع البيع عليه وهو رطب وقبضه تمراً قبل أن يطلع على فساده مضى بلا خلاف.

ابن القاسم: وكذلك يمضي إذا غفل عن الاطلاع عليه حتى يتمر، فإن وقع وهو زهو فتأول ابن شبلون وغيره أنه يفسخ مطلقاً، وإنما يفوت بما يفوت به البيع الفاسد، وعلى هذا فيكون المنع على التحريم، وقال ابن أبي زيد: يمضي إذا نزل، وعليه أول المدونة، وفسر الفوات الذي في المدونة بالقبض، ومثله في الواضحة، وفسر غيره الفوات بالعقد، ومثله في المَوَّازيَّة، وعلى هذين فالمنع على الكراهة، وصوب عبد الحق وابن يونس تأويل ابن أبي زيد، وأكثر الشيوخ على تأويل المدونة على ما في الواضحة يفسخ ما لم يقبض ولو انقطعت ثمرته قبل الاستيفاء رجع بحصة ما بقي اتفاقاً، قاله ابن يونس وغيره، وهو خلاف الثمن المضمون ينقطع بعدما أخذ بعض سلمه، فهذا فيه اختلاف وسيأتي.

قال عيسى بن دينار: رجوعه على حسب المكيلة، وقال القابسي وابن شبلون وَجُلُّ الأشياخ: بل على القيمة؛ لأنه دخل على أن يأخذ شيئاً فشيئاً، إلا أن يشترط عليه أن يجده في يومه أو يوم واحد فعلى المكيلة، وهو ظاهر، وإذا رجع بالحصة ففي المدونة يجوز أن يأخذ بتلك الحصة ما يشاء من السلع معجلاً، فإن تأخر لم يجز؛ أي: لأنه فسخ دين في دين.

ابن أبي زمنين: وذكر بعض الرواة عن ابن القاسم أنه قال: له أن يأخذ بها ما شاء من السلع معجلاً، [٥٠٢/ أ] إلا ما كان من صنف الثمرة التي أسلم فيها فلا يجوز أن يأخذ منه إلا مثل ما بقي من الكيل؛ لأنهما يتهمان أن يكونا عملا على التأخير ليأخذ منه أكثر من كيله.

بعض القرويين: ويجب على هذا ألا يأخذ بما بقي له من رأس ماله ذهباً عن وَرِقٍ أو بالعكس؛ لما يخشى أن يكونا عملا على صرف يتأخر. قال بعضهم: وإن ذهبت الثمرة بأمر من الله تعالى فينبغي أن يجوز ذلك كله، وقد يعترض على من قاس هذا على ما قاله ابن القاسم في الصرف المستأخر، فإن التهمة في فسخ الدين أقوى؛ لأن فيها دفع قليل في كثير بخلاف الصرف.

بِخِلافِ غَنَمٍ كَثِيرَةٍ، لا يَتَعَذَّرُ الشِّرَاءُ مِنْ نَسْلِهَا، أَو مِصْرٍ لا يَتَعَذَّرُ الشِّرَاءُ مِنْ ثَمَرَةِ....

أي: فيجوز السلم فيهما؛ أي: لأن غنماً كثيرة، أو مصراً من الأمصار العظام سلم في الذمة حقيقة، ولو أراد المسلم إليه أن يعطى من غير نسل تلك الأنعام أو من غير ثمرة ذلك الحائط المشترطة فأجراه بعضهم على الخلاف في شرط ما لا يفيده هل يلزم أم لا؟

ولا يَضُرُّ الانْقِطَاعُ قَبْلَهُ ولا بَعْدَهُ

أي: قبل حلوله ولا بعده كالأشياء التي لها إبار، وقد تقدم هذا.

بعض القرويين: ولو مات المسلم إليه قبل الإبار فلتوقف تركته إليه، ولا يقسم ماله حتى يأخذ المسلم حقه، ولو كان عليه دين يغترق تركته تحاصوا في تركته، وضرب للمسلم بقيمة شيئه في وقته على ما يعرف في أغلب الأحوال من غلاء أو رخص، قيل: فيوقف ما صار له ثم يشتري له ما أسلم فيه، فإن نقص اتبع بالباقي ذمة الميت إن طرأ له مال وإن زاد لم يشتر له إلا قدر حقه، وترد البقية إلى من يستحق ذلك من وارث أو مديان، ولو هلك الموقوف لكان من المسلم إليه؛ لأن له نماؤه فعليه ثواؤه، ولم يجروا في هذه المسألة ما وقف للغرماء من مال المفلس؛ لأن مسألة السلم لم يحل الأجل فيها لكون الإبار لم يأت، ولو حل لجرى فيها حكم ما وقف الغرماء.

فَلَو أَخَّرَهُ حَتَّى انْقَطَعَ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ فِي الْفَسْخِ والإِبْقَاءِ

فلو أخر المسلم إليه المسلم فيه حتى انقطع وخرج إباره فالمشتري -وهو المسلم- مخير بين فسخ العقد ويأخذ رأس ماله، وبين إبقاء العقد إلى قابل؛ لأن الحق للمبتاع، ولم يذكر المصنف إلا هذا القول، وخرج سند الأقوال المذكورة في تأخير البعض، وكلام المصنف ظاهر في أن المسلم إليه هو المؤخر، وينبغي ألا يكون للمسلم تخيير إذا كان

التأخير من جهته؛ لأنه ظلمه بالتأخير فتخييره بعد ذلك زيادة في ذلك الظلم، وإلى ذلك أشار ابن عبد السلام.

ويشبه هذه المسألة إذا أسلم في أضحية فلم يأت بها البائع حتى فات زمن الأضحية، وإذا هرب البائع في السلم ممتنعاً من قبض رأس المال، وفيها في المذهب اضطراب.

فَلَو قَبَضَ الْبَعْضَ فَسِتَّةٌ؛ يَجِبُ التَّأْخِيرُ إِلا أَنْ يَتَرَاضَيَا بِالْمُحَاسَبَةِ، وقَالَ أَصْبَغُ بِعَكْسِهِ، وقَالَ سُحْنُونٌ: يَجِبُ التَّأْخِيرُ، وقَالَ أَشْهَبُ: تَجِبُ الْمُحَاسَبَةُ، وقِيلَ: الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي، وقِيلَ: إِنْ قَبَضَ الأَكْثَرَ جَازَ التَّأْخِيرُ، وإِلا وَجَبَتِ الْمُحَاسَبَةُ

أي: إذا قبض بعض المسلم فيه وتأخر بعضه لفقده وذلك في صورتين:

الأولى: أن يسلم فيما له إبار ثم ينقطع، وهي التي في المدونة وغيرها.

والثانية: أن يسلم في ثمرة قرية مأمونة فتصيب ثمرتها جائحة، وهي التي ذكر اللخمي فيها الخلاف، وأما القرية غير المأمونة فحكى عياض وغيره فيها قولين:

أحدهما: وجوب المحاسبة ولا يجوز البقاء لقابل.

والثاني: الجواز، وصوبه ابن محرز.

عياض: وأما لو أجيحت فيلزمه البقاء اتفاقاً، وأما الحائط المعين فيفسخ فيما بقى اتفاقاً، نقله اللخمي وابن يونس وغيرهما.

وقوله: (**فَسِتَّةٌ**) أي: أقوال:

الأول: أن الحكم وجوب التأخير، ومن دعا إليه منهما كان القول قوله إلا أن يتراضيا بالمحاسبة، وهو قول مالك الذي رجع إليه في المدونة، وقول ابن القاسم وسحنون، وصوبه التونسي؛ لأن السلم يتعلق بالذمة، فلا يبطل ببطلان الأجل كالدين ولا يتهمان على قصد البيع والسلف؛ لأن انقطاعه إنما هو من الله تعالى، وكذلك لو كان هو رب

أحدهما، فإن التهمة أيضاً منتفية بخلاف ما لو سكت المشتري عن طلب البائع حتى يذهب الإبار فلا يجوز تراضيهما على المحاسبة؛ لأنهما يتهمان على البيع والسلف، وهل من شرط تراضيهما بالمحاسبة ألا يكون رأس المال مقوماً؟

لم يشترط ذلك ابن القاسم واشترطه سحنون؛ ليأمنا من الخطأ في التقويم؛ لأنه إذا كان مقوماً جاز أن يكون مخالفاً بالقلة والكثرة فيكون إقالة في البعض على غير رأس المال إلا أن يكون المردود من الأثواب جزءً شائعاً فيكون المشتري شريكاً للبائع في رأس المال، وإذا تراضيا على المحاسبة فلا يجوز أن يأخذ بقية رأس ماله عوضاً ولا غيره؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، قاله أبو بكر بن عبد الرحمن والتونسي، ولم يعتبروا تهمة البيع والسلف للضرر الداخل عليهما بالتأخير.

القول الثاني: لأصبغ عكس الأول تجب المحاسبة إلا أن يتراضيا بالتأخير، وَضُعِّفَ؛ لأنه إذا وجبت المحاسبة فليس للمشتري على البائع سوى بقية رأس المال، فإذا اجتمعا على التأخير لزم فسخ دين في دين، وأجاب المازري بأن فسخ دين في دين هنا ليس متفقاً عليه؛ لأنه قد قيل بوجوب التأخير ابتداء.

القول الثالث: [٥٠٢/ ب] وهو قول مالك الأول في المدونة، ونقل عن سحنون أيضاً يجب التأخير، وليس لهما أن يتراضيا بالمحاسبة، ووجه ما ذكره التونسي في توجيه الأول.

القول الرابع لأشهب في الموَّازيَّة: تجب المحاسبة، ولا يجوز لهما أن يتراضيا على التأخير؛ لأن الأجل مقصود فيفسخ بفواته، ولا يجوز لهما أن يتراضيا على التأخير؛ لأنه كفسخ دين في دين، ويجوز على هذا أخذ عوض عن بقية الثمن ناجزا كالحائط المعين.

الخامس: لابن القاسم في الموَّازيَّة: الخيار للمشتري في الفسخ والإبقاء؛ لأن الحق له.

السادس: أن المسلم إذا قبض أكثره جاز التأخير والمحاسبة، وإن قبض أقله وجبت المحاسبة، وعزاه ابن يونس لمالك، وابن بشير لابن القاسم.

لكن استشكل نقل المصنف له؛ لأن من نقله إنما نقله في الأقل والأكثر، وقول المصنف وألا يدخل فيه الأقل والمساوي.

الْخَامِسُ: أَنْ يَكُونَ مُؤَجَّلاً لِئَلاَّ يَكُونَ بَيْعَ ما لَيْسَ عِنْدَكَ إِلَى مُدَّةٍ تَخْتَلِفُ فِيهَا الأَسْوَاقُ عُرْفاً كَخَمْسَةَ عَشَرَ يَوْماً، وقِيلَ: إِلَى يَوْمَيْنِ، وقِيلَ: إِلَى يَوْمٍ...

الشرط الخامس أن يكون المسلم فيه إلى أجل؛ فلا يجوز الحال، خلافاً للشافعي لما في الصحيح **أنه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلمون الثمار السنة والسنتين فقال: «من أسلم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»**.

وقد تجاذبه كل من المذهبين:

فالأول: رأى أن الشرط مركب من الأجل والمعلومية.

والثاني: رأى أن المقصود من الشرط المذكور إنما هو كونه مضبوطاً إلا أنه لا بد من أجل، وإلا لزم ذلك في الكيل والوزن ولا قائل به.

وقوله: (**لِئَلاَّ يَكُونَ...إلخ**) روى الترمذي وصححه **أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عندك**، ورواه أبو داود والنسائي أيضاً.

وقوله: (**إِلَى مُدَّةٍ**) بيان للأجل المشترط، وذلك أن أصحابنا لما اشترطوا الأجل قالوا: إن علة ذلك تحصيل مصلحتين:

إحداهما: في حق البائع وهي دفع القليل ليأخذ ما هو أكثر منه.

والثانية: في حق المشتري وهو الانتفاع بالثمن، وقد يحصله بذلك الثمن ثم إن مالكاً اكتفى بهذا القيد في الرواية المشهورة عنه، قال في المدونة: ولم يحد مالك في ذلك حداً، وهو عين الفقه، وذكر صاحب المعونة عنه رواية أخرى بالاكتفاء بمطلق الأجل. وروى ابن القاسم تحديد أقل هذه المدة بخمسة عشر يوماً، وجعل ذلك مظنة اختلاف الأسواق

غالباً، وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر؛ لأنه اكتفى بقول ابن القاسم عن قول مالك، وجعل الخمسة عشر يوماً مثالاً للمدة الموصوفة، وليس الأمر عند مالك على هذا، والقول بجواز السلم إلى يوم لمالك في الموَّازيَّة، وباليومين لابن عبد الحكم.

أصبغ: قال: فإن وقع إلى يومين لم يفسخ؛ لأنه ليس بحرام بَيِّنٌ ولا مكروه بَيِّنٌ، واختاره ابن حبيب، وقال ابن المواز: فسخه أحب إليَّ، وهو ظاهر المدونة عند ابن رشد.

وَمِنْ ثَمَّ قِيلَ: يَجُوزُ السَّلَمُ الْحَالُّ

أي: وَمِنْ إجازة السلم إلى اليوم واليومين خَرَّجَ بعضهم -وهو التونسي- قولاً بجواز السلم الحال؛ لأن هذه المدة لا تتغير فيها الأسواق غالباً، وقال غيره: لا يلزم من قال هذا إجازة السلم الحال؛ لأن قائله اشترط ضرب الأجل، ولعله اعتقد أن الأسواق تتغير فيه، ولا يخرج الإنسان قولاً من مسألة نص فيها على ما يناقضه، ونقل المتيطي أن أبا تمام روى عن مالك إجازة السلم الحال، فذكر الباجي عن عبد الوهاب أنه قال: "اختلف أصحابنا في تحرير المذهب، فمنهم من حكى رواية بجواز السلم الحال، ومنهم من قال: الأجل شرطٌ روايةً واحدة، وإنما اختلفت الرواية عنه في مقدار الأجل.

إِلا أَنْ يُعَيِّنَ الْقَبْضَ بِبَلَدٍ آخَرَ فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الأَجَلُ الْمَسَافَةَ وَلَو يَوْماً

هذا مستثنى من قوله: (**أَنْ يَكُونَ مُؤَجَّلاً.... إِلَى مُدَّةٍ تَخْتَلِفُ فِيهَا الأَسْوَاقُ**) أي: إلا أن يكون المسلم اشترط قبضه ببلد آخر فلا يشترط فيها الأجل البعيد، ويكتفى بأن يكون الأجل مقدار المسافة ولو كانت يوماً، وتبع في اليوم ابن بشير.

وفي السلم الثالث من المدونة: فإن أسلمت إلى رجل في طعام ببلد على أن تأخذه ببلد آخر مسافة ثلاثة أيام أجاز ذلك.

ابن المواز: أو اليومين، ومفهومها يخالف ابن بشير والمصنف، إلا أن يكون خرج على سؤال فلا مفهوم له.

وإنما أجازوا مع اختلاف البلدين وإن كان الأجل قريباً لأنه يحصل مع اختلافهما من اختلاف الأسواق ما يحصل في البلد الواحد مع الأجل البعيد، وقيد ابن أبي زمنين التأجيل بالمسافة بالخروج بالحال والسير في البر أو البحر بغير ريح، وإلا فلا بد من ضرب الأجل.

اللخمي: واختلف إذا اشترط القبض ببلد ولم يذكر أجلاً ولم تكن عادة فقيل: إن ذلك جائز؛ لأن تلك المسافة بين البلدين كالأجل، فيجبر المسلم إليه على الخروج بفور العقد أو التوكيل على الوفاء، فإذا وصل أجبر على القضاء واستحق القبض حينئذ، وقيل: السلم فاسد، وهو أحسن؛ لأن السلم يتضمن موضعاً يقبض فيه ومدة يقبض إليها، فذكر الموضع لا يفهم منه الأجل، وقال غيره: ليس هذا بخلاف ولكن للمسألة صورتان:

إحداهما: أن يكون السلم يحل بالوصول إلى البلد الثاني.

الثانية: أن يطول زمان مقدار الحلول؛ فلابد مع هذا من ضرب الأجل، وإذا وكل من يخرج لإقباض المبيع.

ابن عبد السلام: فهل من شرط الوكالة في هذه المسألة أن يلزم الموكل ألا يعزل ذلك الوكيل حتى يقبض حق المشتري، أو لا يحتاج إلى ذكر هذا الشرط؛ لأن الحكم يقتضيه بسبب حق المشتري، فلو عزله لم ينعزل كما لا ينعزل وكيل الخصومة [٥٠٣/أ] إذا أشرف على ظهور الحق أو قاعده خصمه ثلاثاً؟ وقيل: في مسألة المسلم قول ثالث أن للموكل عزل الوكيل لا مطلقاً، ولكن إلى بدل. وفيه نظر؛ إذ يتعلق حق المشتري بعين الوكيل الأول؛ لأنه أسهل قضاءً وشبه ذلك. انتهى.

وحكى الباجي عن بعض المتأخرين أن التوكيل لا يجزئ إلا أن يضمن الوكيل المسلم فيه؛ لجواز أن يعزله المسلم إليه فيبطل سفر المسلم.

الباجي: ويجوز عندي ألا يكون له عزله كالوكيل على بيع الرهن، أما الدنانير والدراهم في الذمة على أن يقبض ببلد آخر فلابد من ضرب الأجل فيها، ولا تكفي المسافة وإلا كان فاسداً.

والفرق أن العين يتفق فيها الأسعار؛ فَذِكْرُ البلد لغو، ولهذا يأخذه بها حيث وجده، أما لو كانت العين معينة ببلد آخر فالمسافة كافية كالعروض، ولابد من شرط الخلف وإن لم يشترط ففي صحة البيع قولان.

وَيَجُوزُ تَعْيِينُ الأَجَلِ بِالْحَصَادِ وَالدِّرَاسِ وَقُدُومِ الْحَاجِّ، وَالْمُعْتَبَرُ مِيقَاتُ مُعْظَمِهِ لا الْفِعْلُ، وَكَخُرُوجِ الْعَطَاءِ، وَالْمُعْتَبَرُ الزَّمَانُ....

أي: ويجوز أن يكون أجل السلم إلى الحصاد والدراس وقدوم الحاج؛ يعني: بالشام ومصر، وكذلك سائر البيوع؛ لأنه وقت يعرف بالعادة لا يتفاوت، والمعتبر زمان معظم الحصاد والجذاذ سواء كان ذلك الطعام حصاداً أو جذاذاً أو لا.

وإليه أشار بقوله: (**لا الْفِعْلُ**) أي: لا أوله.

(**وَكَخُرُوجِ الْعَطَاءِ**) معطوف على قوله: (**بِالْحَصَادِ**). والعطاء: الرواية من بيت المال، والمعتبر أيضاً زمانه لا نفسه، وإلا امتنع؛ لجواز ألا يكون العطاء في ذلك العام أو يتقدم أو يتأخر.

وَإِلَى ثَلاثَةِ أَشْهُرٍ يُكَمَّلُ الشَّهْرُ الْمُنْكَسِرُ ثَلاثِينَ

أي: وإذا وقع البيع إلى ثلاثة أشهر فإن كان في أول شهر فلا إشكال أنها تكون ثلاثة بالأهلة، وإن كان في بعض شهر كمل شهر الابتداء ثلاثين من الرابع.

وقد اختلف المذهب في العدد والأيمان هل يحكم بهذا الذي ذكره المصنف أو يكمل كل شهر ثلاثين يوماً من الذي يليه؟

وَإِلَى رَمَضَانَ يَحِلُّ بِأَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ

أي: إذا كان أجل السلم إلى رمضان حل بأول جزء منه، فيحل باستهلاله، وفي عبارة بعضهم: يحل بأول ليلة من الشهر، وذلك أوسع من الزمان الذي يعطيه كلام المصنف.

المازري: وإن قال: إلى يوم السبت حمل على طلوع فجره.

وَفِي رَمَضَانَ بِآخِرِهِ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ أَجَلاً يُغْتَفَرُ مَعَهُ الشَّهْرُ، وَإِلا نُقِضَ

ما صَدَّرَ به المصنف من أنه إذا عقد المسلم على أنه يأخذ في رمضان أنه يحل في آخره تبع فيها ابن شاس، وهو قول ابن العطار، ولكنه كره ذلك ابتداءً وقال: فإن وقع لم يفسخ، ويؤيده ما في المدونة فيمن حلف ليقضين فلاناً حقه في شهر كذا فقضاه في آخره أنه لا يحنث، وجوابه أن الأجل في الأيمان لا تنافي التوسعة بخلاف البيوع، ألا ترى أن الحالف لو صرح فقال: "لأقضينك حقك في هذا العام في أي وقت" لكان له ذلك، وقيل: إذا مضى معظم الشهر وجب القضاء، والمنقول عن مالك في المبسوط أنه يدفع في وسط الشهر، وقاله ابن القاسم في العتبية وفضل، وقال ابن لبابة: هو أَجَلٌ مجهول حتى يسمي أي وقت في الشهر؛ أي: فيفسد البيع، وأنكره ابن زرب وغيره.

ابن راشد: وصحح المازري الفساد لتردده بين أول الشهر ووسطه وآخره، وضعف قول ابن العطار لكراهته ابتداء؛ لأنه إن كان معلوماً فلا وجه للكراهة، وإلا فسد، ثم وجه الكراهة باختلاف العلماء.

ابن راشد: وقوله: (**وَقِيلَ: إِنْ كَانَ أَجَلاً**) هو قول الباجي، وهو إن كان هذا القدر نسب إلى جملة الأجل، زاد الثمن أو نقص بأوله وآخره فإنه يفسخ، وإن كان الأجل بعيداً

بحيث تكون نسبة الشهر لا تزيد ولا تنقص لم يفسخ، واختلف إذا قال: لصدر شهر كذا؛ فقال ابن القصار: هو ثلثاه أو النصف، واحتج بما رواه ابن القاسم في القائل لغرمائه: "إن لم تقضني صدراً من حقي يوم كذا فعليَّ المشي إلى بيت الله إن لم ألزمك بحقي كله" فقال مالك: الثلثان أحب إليَّ، ولو قيل: النصف لكان قولاً، إلا أن تكون له نية فذهب مالك إلى أن الصدر أقل من ذلك، واختاره ابن سهل وَحَدَّهُ بالثلث، لما رواه ابن حبيب عن مالك وابن القاسم وغيره من أصحاب مالك في الحالف ليقضين غريمه إلى أجل سماه، فلما حل الأجل قضاه من حقه صدراً مثل الثلث فما فوق، فإنه يبرئه.

ابن حبيب: ولا أعلمهم يختلفون فيه، ونص ابن نافع أيضاً على أن الصدر الثلث، وعلى أن الجل الثلثان، واختاره ابن رشد.

السَّادِسُ: أَنْ يَكُونَ مَعْلُومَ الْمِقْدَارِ بِعَادَتِهِ مِنْ كَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ أَو عَدَدٍ أَو ذَرْعٍ أَوْ غَيْرِهِ

قوله: (**بِعَادَتِهِ**) أي: فما كانت فيه العادة الكيل فلا ينتقل إلى الوزن كالحنطة، وكذلك العكس كالصوف.

قال جماعة: ويجب أن يقدر في السلم بعرف بلده؛ فإن غيره مجهول فيه.

قوله: (**أَوْ عَدَدٍ**) كالبيض. قال في المدونة: ولا بأس بالسلم في البيض عدداً.

الباجي: وصغير الفاكهة يتصور فيه الكيل والوزن والعدد، ويحمل على عرف بلد السلم، وما ييبس منها ويدخر كاللوز والبندق وقلوب الصنوبر لا يسلم فيه إلا كيلاً.

قال ابن حبيب: ولا يسلم فيه عدداً.

الباجي: وما قاله بَيِّنٌ؛ لأن المشقة تلحق في عدده، ثم أشار إلى حمل ذلك على عرفه، أما الرمان والسفرجل والجوز فروى ابن القاسم عن مالك أنه يباع عدداً [٥٠٣/ ب].

ابن القاسم: وإن كان الكيل فيها مَعْرُوْفَاً فلا بأس به. وقال ابن حبيب: يسلم فيه كيلاً وعدداً لا وزناً، وقيل: أما ما عَظُمَ فالعدد فيه أظهر، ولا ينبغي أن يعد هذا خلافاً، ويحمل على أن كل واحد تكلم على ما يعرفه من العادة.

وقوله: (**أَوْ غَيْرِهِ**) كالأحمال والحزم والجزر، وهي القبض، وذلك في البقول والقصيل والقرط والقضب، نص عليه في المدونة، قيل: وذلك أن يقاس ذلك بحبل فيقال: أسلم لك فيما يسع هذا ويجعلانه عند أمين.

الباجي: ولا يجوز أن يقدر بذرع الأرض، وجوز ذلك أشهب، لا يقال: قد أجاز مالك في السلم الأول السلم في اللحم تحرياً، وليس بمقدار معلوم؛ لأنه قال: إذا كان لذلك قدر عرفوه فهو راجع إلى قدر معلوم. واختلف في صفة ضبطه؛ فقال ابن أبي زمنين: إنما يجوز فيما قل، وصفة ضبطه أن يقول: أسلفك في لحم يكون قدره عشرة أرطال مثلاً، وكذلك الخبز. وقال ابن زرب: هو أن يعرض عليك قدر ما يقول مثل هذا كل يوم، ويشهد على المثال، ولا يجوز على شيء يتحراه، وفي السلم الثاني من المدونة: ومن أسلم في ثياب موصوفة بذراع رجل بعينه إلى أجل جاز ذلك إذا أراه الذراع وليأخذا قياس الذراع عندهما كما جاز شراء ويبة وحفنة بدراهم إن أراه الحفنة؛ لأنها تختلف.

واختلف في مسألة الويبة فقيل: ذلك حيث لا مكيال، كما قال في القصعة.

محمد: وقيل: هو جائز كالذراع، واختلفوا إذا كثرت الويبات والحفنات، وأكثرهم على المنع، ونص عليه سحنون.

أبو عمران: وظاهر المدونة رؤية ذراع الرجل المعير خلاف ما في المَوَّازِيَّة أن السلم جائز وإن لم يره الذراع، وفي الطرر: إن كان القاضي نصب للناس ذراعاً لم يجز اشترط ذراع رجل بعينه، كما لا يجوز ترك المكيال المعروف والعدول إلى المجهول، فإن لم يكن للناس ذراع

منصوب فلا يجوز السلم على ذراع رجل بعينه، وإنما يجوز على ذراع وسط مطلقاً، ويحملان على الوسط.

فرع:

واختلف في جواز السلم على مثال يريه إياه على قولين حكاهما ابن بشير، قال: ولا ينبغي أن يعد خلافاً، وإنما هو خلاف في حال إن قصد بالمثال المشابهة في كل الصفات لم يجز، وإن قصد الصفات العامة جاز.

وَالْمَعْدُودُ كَالْبَيْضِ والْبَاذِنْجَانِ والرُّمَّانِ والْجَوْزِ واللَّوْزِ

هو ظاهر، وقد تقدم، وشرط في المدونة أن يصفا قدر الرمانة والسفرجلة ونحوهما إن كان يحاط بمعرفته.

وَلَوْ عَيَّنَ مِكْيَالاً مَجْهُولاً فَسَدَ، وإِنْ عُلِمَتْ نِسْبَتُهُ كَانَ لَغْواً

تصوره واضح.

وقوله: (فَسَدَ) يقتضي فسخه إن وقع، وهو المشهور، وكرهه أشهب في الطعام ابتداءً، ولا يفسخ عنده إن نزل. وخفف في المدونة في شراء العلف والتين والخبط من الأعراب في السفر بمكيال لا تعرف نسبته من المكيال الجاري بين الناس للضرورة. واختلف فيما أجازه مالك من ذلك في القصعة للأعراب وحيث يعدم الكيل، ففي كتاب محمد أن ذلك جائز في اليسير، وعن أبي عمران: أنه يجوز هنالك في الكثير إن احتيج إليه كاليسير.

السَّابِعُ: مَعْرِفَةُ الأَوْصَافِ الَّتِي تَخْتَلِفُ بِهَا الْقِيمَةُ اخْتِلافاً لا يُتَغَابَنُ بِمِثْلِهِ فِي السَّلَمِ....

الشرط السابع: ذكر الأوصاف التي تختلف بها قيمة المسلم فيه اختلافاً لا يتغابن المتبايعان بمثله، وظاهره أن الصفة إذا كانت لا تختلف القيمة بسببها أنه لا يجب بيانها في

السلم. وعبارة غيره أقرب؛ لأنهم يقولون: يبين في السلم جميع الأوصاف التي تختلف الأغراض بسببها، واختلاف الأغراض لا يلزم منه اختلاف القيمة؛ لجواز أن يكون ما تعلق به الغرض صفة يسيرة عند التجار، وتخلفها صفة أخرى.

وقوله: (**فِي السَّلَمِ**) مفهومه أن السلم يغتفر فيه من الإضراب عن بعض الأوصاف ما لا يغتفر مثله في بيع النقد ولا ينعكس؛ لأن السلم مستثنى من بيع الغرر، بل ربما كان التعرض للصفات الخاصة في السلم مبطلة له لقوة الغرر. قاله ابن عبد السلام.

ويشترط أن تكون الصفات معلومة لغير المتعاقدين؛ لأنه متى اختصم المتعاقدان بعلمها دل ذلك على ندورهما، والندور يقتضي عزة الوجود، وأيضاً فاختصاصها بها يؤدي إلى التنازع بينهما.

وَيُرْجَعُ فِيهَا إِلَى الْعَوَائِدِ، فَقَدْ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلافِ الْبِلادِ

أي: يرجع في تعيين تلك الأوصاف التي تختلف بها القيمة إلى العوائد، فرب صفة تتعين في نوع دون غيره، وفي بلد دون آخر، واستغنى المصنف بهذا الضابط عن مسائل ذكرها أهل المذهب لاندراجها فيما ذكره، وهذا الضابط ذكره المازري، قال: يحتاج في الثمن إلى ذكر النوع والجودة والرداءة. قال: وزاد بعض العلماء: البلد واللون وكبر الثمرة وصغرها، وكونه جديداً أو قديماً، ويحتاج في القمح إلى هذه الصفات أيضاً.

واشترط بعض العلماء في القمح وصفاً سابعاً، وهو كون القمح ضامراً أو ممتلئاً، ورأى أن الثمن يختلف باختلافه، ورأى أن الضامر يقل ريعه، لكن الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن حمل المذهب على أنه لا يلزم اشتراط القدم والجودة في القمح، واحتج بالرواية الواقعة في السلم أنه إذا أسلم في قمح فأتاه بقمح قديم أنه يجبر على قبوله. زاد ابن يونس عن أبي بكر بن عبد الرحمن أنه قال: لا يختلف العتيق من الجديد عندنا بإفريقية.

ابن يونس: وهو يختلف عندنا بصقلية؛ فلا يجوز حتى يشترط قديم من جديد، وهل يجب أن يبين السمراء من المحمولة؟ إن كان بمحل ينبتان فيه، ولا غالب وجب بيانه وإلا فسد، وإن كان ما يجلبان إليه فرأى ابن حبيب أن تركه لا يفسد، ورأى الباجي أن مقتضى الروايات خلاف قوله [٥٠٤/ أ].

ابن بشير: ولا ينبغي أن يُعَدَّ خلافاً، بل إن اختلف الثمن بهما وجب ذكره وإلا فلا، أما إن لم يكن إلا واحداً فلا يجب البيان.

واختلف في مثل مصر فقيل: لا يفتقر إلى الجنس؛ لأن قمح مصر جنس واحد في الغالب، وهو المحمولة.

وقال ابن عبد الحكم وغيره: لا بد أن يسمي الجنس وإلا فسخ البيع.

والأول مذهب المدونة، ففيها: ويقضى بمصر بالمحمولة، وبالشام بالسمراء، قال: وإن أسلم بالحجاز حيث يجتمع المحمولة والسمراء ولم يسم جنساً فالسلم فاسد.

فرع:

قال ابن عبد الغفور: وإذا سمى قمحاً طيباً ولم يقل جيداً فالسلم تام، وقاله ابن حبيب.

وقال ابن لبابة: لا بد أن يقول جيداً، وإلا لم يجز على مذهب المدونة، نقله ابن راشد.

فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ كَتُرَابِ الْمَعَادِنِ، والدُّورِ، والأَرْضِينَ لَمْ يَجُزْ بِخِلافِ غَيْرِهَا

أي: فإن لم يكن ذكر تلك الأوصاف لم يجز السلم فيه، وَمَثَّلَهُ بشيئين:

أولهما: تراب المعادان. قال في المدونة: لأن صفته غير معروفة.

ثانيهما: الدور والأرضون. وفي التمثيل بهما نظر؛ لأنه مما يمكن صفتهما، وإنما امتنع السلم فيهما؛ لأن وصفهما بما تختلف الأغراض به يستلزم تعيينهما فيؤدي إلى السلم في

معين. وذكر المازري عن بعض الأشياخ أنه خرج قولاً بجواز السلم في العقار مما قاله أشهب أنه يسلم في البقول فدادين؛ لأنه إن لم تصرف الفدادين لم يجز السلم، وإذا وصف بمكانه صار معيناً.

قال صاحب المقدمات: أربعة أشياء لا يصح السلم فيها. فذكر الاثنين اللذين ذكرهما المصنف، وألحق بتراب المعادن الجزاف فيما لا يصح بيعه جزافاً.

قال: **والثالث**: ما يتعذر وجوده من الصفة.

والرابع: ما لا يجوز بيعه بحال كتراب الصواغين وجلود الميتة.

فَيَذْكُرُ فِي الْحَيَوَانِ النَّوْعَ وَاللَّوْنَ وَالذُّكُورَةَ وَالأُنُوثَةَ وَالسِّنَّ، وَيُزَادُ فِي الرَّقِيقِ الْقَدُّ، وَكَذَلِكَ الْخَيْلُ وَالإِبِلُ وشِبْهُهُمَا....

مذهبنا جواز السلم في الحيوان، ومنع جماعة من الشيوخ السلم في الآدمي، ولاسيما جواز الوطء، وعلى هذا قصر بعضهم المنع اعتقاداً منهم أن الصفات في ذلك لا تضبطه، وذكر المصنف في الحيوان خمسة أوصاف:

أحدها: (**النَّوْعَ**) فيحتمل أن يريد به النوع حقيقة كنوع الإنسان والإبل، ويحتمل أن يريد الصنف كالرومي والتركي، فلابد من ذكرهما.

الثاني: (**اللَّوْنَ**) وجعله المصنف معتبراً في جميع الحيوان، وقد نص في الجواهر على اعتباره في الإبل والخيل ولم يذكره في الطير.

واعلم أن ذِكْرَ الجنس يغني عن اللون في الرقيق، فجنس النوبة السواد، والروم البياض، والحبش السمرة، لكن يحتاج هذا إلى بعض عرضيات النوع كالدهمي والأحمر والبياض الشديد، وذكر سند أن اللون لا يعتبر عندنا في غير الرقيق، ولعله اعتمد على المازري، فإنه لم يذكر اللون في غيره. وليس بظاهر؛ فإن الثمن يختلف به، وقد ذكره بعضهم في الخيل وغيره من الحيوان.

ابن بشير وغيره: وحظ الفقيه المفتي في هذا أن يحيل على العارفين بالعوائد، فما حكموا أن الأثمان والأعراض تختلف به يجب ذكره.

الثالث: (**وَالذُّكُورَةَ وَالأُنُوثَةَ**) وهما معتبران في جميع الحيوان؛ لاختلاف الثمن بهما.

الرابع: (**السِّنَّ**) وهو أيضاً مطلوب في الجميع.

الخامس: يختص بالرقيق وهو (**القَدُّ**).

وفي بعض النسخ (**القَدْرُ**) والمعنى واحد، فيقال: طويل أو قصير أو متوسط.

قوله: (**وَكَذَلِكَ الْخَيْلُ وَالإِبِلُ**) ظاهره أنه يشترط فيهما، وما أشبههما ذكر القد، وذكر سند أنه لا يشترط ذلك فيما عدا الإنسان؛ فانظر ذلك.

وبقي عليه من شروط الحيوان الجودة والدناءة، وإن كانت أنثى الثيوبة والبكارة، ذكرهما المازري، على أنه قال في الثيوبة والبكارة إن كان الثمن يختلف بذلك، وقيده سند بالعليات.

ولا يُشْتَرَطُ فِي اللَّحْمِ فَخِذٌ ولا جَنْبٌ، وَلا يُؤْخَذُ مِنَ الْبَطْنِ إِلا بِعَادَةٍ، وقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: أَيَكُونُ لَحْمٌ بلا بَطْنٍ، قِيلَ: فَمَا مِقْدَارُهُ؟ قَالَ: {قَدْ جَعَلَ اللهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْراً} لأَنَّهَا كَانَتْ عَادَتَهُمْ....

للسلم في اللحم شروط:

أولها: الجنس من إبل أو بقر أو ضأن أو معز.

ثانيها: السن من صغر أو كبر.

اللخمي والمازري: فيقال: ثني أو رباع أو جذع.

ثالثها: السمن والهزال ويقضى في مطلقها بالعرف، قاله في المَوَّازِيَّة والواضحة، ويختلف فيه كما في مطلق الجودة والطعام هل يقضى فيها بالعرف الغالب أو ما يتناوله الاسم فقط.

رابعها: الراعي والمعلوف. قاله المازري.

الباجي: ولم أر لأصحابنا تفريقاً بين الذكورة والأنوثة. فإن كان مؤثراً في الثمن لزم ذكره، ونحوه لعبد الوهاب وغيره، وشرطه أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى.

المازري: والخصي والفحل.

وقال **الباجي**: ولم أر لأصحابنا تفريقاً فيه.

سند: وعندي ذكره حسن.

ابن حبيب وابن المواز: ليس عليه ذكر موضع اللحم.

ابن حبيب: وإن ذكر فحسن.

ابن القاسم: وإنما يشترطه أهل العراق، وهو معنى قول المصنف: (**وَلا يُشْتَرَطُ فَخِذٌ وَلا جَنْبٌ**).

وقال عبد الوهاب: إن اختلفت الأغراض بموضعه من الشاة ذكره.قال: ولا يؤخذ من البطن إلا بعادة.

وقال ابن القاسم: لا يخالفه؛ لأن العادة كانت جارية عندهم بأخذها.

وفسر في المدونة قوله:{قد جعل الله لكل شيء قدرا} بأن ذلك على قدر البطن من قدر الشاة.

خليل: والعادة الآن جارية بمصر أن البطن لا يخلط مع اللحم، ولذلك وإن كان البطن لحماً وجزءاً من الشاة [٥٠٤/ ب] فإن المتبادر إلى الذهن من اللحم عند إطلاق اللفظ ما عدا البطن، فلا يلزم المسلم أن يأخذ من البطن إلا بشرط لفظي أو عادي، والمراد بالبطن ما احتوت عليه من كرش أو مصارين وغيره.

وَيَذْكُرُ فِي الثِّيَابِ النَّوْعَ، والرِّقَّةَ والْغِلَظَ، والطُّولَ، والْعَرْضَ

النوع؛ أي: من قطن أو كتان والرقة وما بعده ظاهر.

والغلظ والطول والعرض، زاد المازري: والصفاقة والخفة؛ والبلد؛ لاختلاف الثمن باختلاف البلد.

وكأن المصنف استغنى عن ذكر هاتين الصفتين اكتفاءً بما قدمه حيث قال: معرفة الأوصاف التي تختلف بها القيمة، وليس عليه أن يذكر وزنه ولا جيداً. قاله ابن القاسم في المدونة.

سند: وروي أن الجودة تدخل تحت غيرها من الأوصاف.

وَلَوِ اشْتَرَطَ فِي الْجَمِيعِ الْجَوْدَةَ وَالدَّنَاءَةَ جَازَ، وحُمِلَ عَلَى الْغَالِبِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَالْوَسَطُ....

مراده والله أعلم بالجميع جميع أنواع المسلم فيه، ويحتمل ما تقدم له من الثياب والحيوان، وأما الطعام فقد ذكروا أنه إذا ذكر صنفه فلابد أن يصفه بالجودة والدناءة والوسط؛ لأن الصنف الواحد يختلف بذلك. انتهى.

وقد تقدم من كلام المازري أنه يشترط في الحيوان ذكر الجودة والدناءة، وأما اللحم فلم ينصوا عليها فيه. قال في المدونة: وإن لم يذكر في الطعام الجودة والدناءة فالسلم فاسد.

التونسي: اجترى في صفة الطعام أن يقول جيداً ولم يجتزِ في صفة الحيوان بفاره ولا من الثياب بجيد، والفرق بينهما أن الطعام يعرف الجيد منه فلا يختلف الجيد منه اختلافاً متبايناً؛ فيكون له وسط الجيد والفاره من الحيوان، والجيد من الثياب، يختلف اختلافاً متبايناً لا متقارباً، ثم هل يكفي ذكر الجودة فيما هي فيه شرطه وهو المذهب، أو لابد أن يقول غاية الجودة، وإلا بطل السلم، قاله ابن العطار؟ وزيفه الباجي بأن الغاية غير

محصورة، وبأنه لا يلزم ذلك في سائر الأوصاف كالطول والقصر والبياض والسواد، ثم إذا اشترطت الجودة، فقال ابن حبيب وابن المواز: يقضى بالغالب من الجيد، وإليه أشار بقوله: (**حُمِلَ عَلَى الْغَالِبِ**) وإن لم يكن غالبٌ فقال الباجي: يحمل على ما يقع عليه اسم الجيد.

سند: ورأى غيره أن العرف يقتضي في الإطلاق الوسط من الجيد كما في النكاح على غنم موصوفة. وعلى هذا الأخير اقتصر المصنف.

وَأَدَاؤُهُ بِجِنْسِهِ بَعْدَ أَجَلِهِ بِأَرْدَأَ أَوِ بِنَوْعٍ آخَرَ يَجُوزُ، وَبِأَجْوَدَ يَجِبُ

أي: أداء المسلم فيه. ومراده بهذا الفصل الكلام على حكم اقتضاء المسلم فيه جوازاً أو منعاً.

ابن عبد السلام: والباء للمصاحبة في الثالث، والأول والثالث مجاز؛ لأن الشيء لا يفارق جنسه ولا نوعه، والباء الثانية حقيقة؛ لأن صفتي الجودة والدناءة يعتذران على الماهية. انتهى.

وقال بعضهم: الأولى بمعنى عن، و(**أَدَاؤُهُ**) خبر مبتدأ على حذف مضاف؛ أي: هذا باب أدائه كسائر التراجم.

وقوله: (**بِجِنْسِهِ**) خبر مبتدأ محذوف؛ أي: إثباته بجنسه.

و(**بِأَرْدَأَ**): بدل من جنسه. ولا يقال: فيه إبدال مشتق من جامد؛ لأنا نقول هو غير ممتنع، وإنما هو قليل، وهذا هو الذي يؤخذ من كلامه في الجواهر.

وتكلم المصنف على الأردأ والأجود ولم يتكلم على المساوي لوضوحه. واحترز بالجنس من غيره وسيأتي، وببعد أجله من قبله كما سيأتي.

وقوله: (**بِأَرْدَأَ**) يريد: سواء كان من نوعه أو من نوع آخر كمحمولة عن سمراء؛ لأنه جنس اقتضاء.

ونبه بقوله: (**يَجُوزُ**) على أنه لا يجب القبول، وكلام المصنف عام بالنسبة إلى الطعام وغيره.

ابن عبد السلام: وفي الطعام إشكال؛ لأن المخالفة في الصفة والنوع إن كان غير ما في الذمة وجب قبوله، وإن لم يكن هو الحق فلا يجوز قبوله وإن اتفقا عليه؛ لأن قبوله بيع ثان فيدخل تحت عموم النهي عن بيع الطعام قبل قبضه.

لا يقال: مقتضى إطلاق المصنف جواز اقتضاء الأردأ وإن كان أقل كيلاً، وقد منعه ابن القاسم في السلم الثالث كمن أخذ خمسين محمولة من مائة سمراء إذا كانت بمعنى الصلح والتبايع، وأما إن كان على الإبراء فجائز كمن أخذ خمسين عن خمسين وبقيت له خمسون ثم أبرأه منها بعد ذلك فيجوز.

لأنا نقول: إنما تكلم على الأردأ المساوي في الكيل، وقد نص سند على أنه لا يجوز أن يقتضي أدنى النوعين عن الآخر إذا خالف في القدر، وأنه لو نقص كف واحد لم يجز.

فرع:

منع مالك اقتضاء دقيق من قمح وبالعكس مراعاة لمن قال: إنهما جنسان، فيؤدي إلى بيع الطعام قبل قبضه.

قوله: (**وَبِأَجْوَدَ يَجِبُ**) هو معطوف على قوله: (**بِأَرْدَأَ**) ومعناه إذا قضاه جنس ما في الذمة ونوعه لكنه أجود صفة فإنه يجب قبوله؛ لأنه حصل المقصود وزيادة، وتبع في وجوب القبول ابن شاس.

ابن عبد السلام: وهو قول غير واحد من المتأخرين.

خليل: والمذهب خلافه؛ لأن الجودة هبة لا يجب قبولها. وفي الصرف من المدونة: ومن اقترضته دراهم خلافه؛ لأن الجودة هبة لا يجب قبولها. وفي الصرف من المدونة: ومن اقرضته دراهم يزيدية فقضاك محمدية أو قضاك دنانير عتقى عن هاشمية، أو قضاك سمراء عن محمولة أو شعير لم يجبر على أخذها، حل الأجل أو لم يحل.

ابن القاسم: وإن قبلها جاز في العين من بيع أو قرض قبل الأجل أو بعده، والمحمولة والعتق والسمراء أفضل.

وَقَبْلَهُ بِصِفَتِهِ يَجُوزُ

أي: قضاؤه قبل الأجل من نوع ما في الذمة، وصفته جائز، وإن أبى من الأخذ لم يلزمه؛ لأن الأجل في السلم من حق كل من المتبايعين، وتحرز بصفته من الأجود منه أو الأردأ فلا يجوز؛ لأنه في أخذ الأجود: حُطَّ الضمانَ [٥٠٥/ أ] وَأَزِيْدُكَ، وفي الأردأ: ضَعْ وَتَعَجَّلْ.

فَإِنْ زَادَهُ قَبْلَ الأَجَلِ دَرَاهِمَ عَلَى ثَوْبٍ أَعْرَضَ أَو أَطْوَلَ جَازَ إِنْ عَجَّلَهَا، وَفِيهَا: لأَنَّهُمَا صَفْقَتَانِ كَغَزْلٍ يَنْسِجُهُ ثُمَّ زِدْتَهُ لِيَزِيدَ طُولاً، وقَالَ سُحْنُونٌ: دَيْنٌ بِدَيْنٍ بِخِلافِ الإِجَارَةِ؛ لأَنَّهُ مُعَيَّنٌ....

أي: وإن زاد المسلم للمسلم إليه في ثوب موصوف دراهم على أن يأخذ ثوباً أطول من ثوبه. زاد في المدونة من الصفة أو من غير الصفة جاز بشرط تعجيلها؛ أي: الدراهم لا الثوب الطويل، هذا ظاهر قوله، وهو الذي قاله ابن عبد السلام.

واعترضت هذه المسألة بأن الثوب الأطول إما أن يكون معيناً أوفي الذمة؛ فالمعين حاضر لا معنى لاشتراط تعجيل الدراهم؛ لأن الثوب الطويل حينئذ يكون بعضه مأخوذاً عن الثوب القصير الذي في الذمة وبعضه مبيع بالدراهم، ويصح بيع ذلك البعض بنقد وبنسيئة، وإن كان في الذمة لم يجز، وهو ظاهر ما فهمه سحنون؛ لأنه إذا اشترط تعجيل الثوب الأطول يلزم المسلم الحال، وإن لم يشترط فهو فسخ دين في دين، وقال بعض من تكلم هنا: إن ضمير (**عَجَّلَهَا**) عائد على الزيادة؛ أي: يجوز بشرط تعجيل الزيادة؛ لأنه إن تأخرت وكانت في صفقة فهو بيع وسلف تأخير بما عليه سلف وزيادة

بيع بالدراهم، وإن كان على غير صفقة فهودين بدين، وأما ثمن الزيادة فيجوز تأخيرها، قال في كتاب الصرف من المدونة فيمن لك عليه لحم حيتان وأقضيته فوجدت فيه فضلاً عن وزنك فجائز شراؤك تلك الزيادة نقداً أو إلى أجل إن كان الأجل قد حل.

خليل: وفيه نظر، والظاهر ما قاله ابن عبد السلام، وما ذكره من مسألة الحيتان ليس فيها دليل؛ لأنه لما أتى بها عليه وفضلت فضلة واشتراها كان ذلك شراءً محضاً ليس من السلم في شيء، ثم لا يصح على هذا إلا أن يحمل قوله: (**عَجَّلَهَا**) أي: عند الأجل مع الأصل، وليس بظاهر؛ إذ المسألة مفروضة قبل الأجل، فإن ابن يونس وغيره إنما نقلوا قول سحنون قبل الأجل، وعلى هذا فليعتمد في كلام المصنف على فسخه قبل الأجل، وإن كان الواقع في أكثر النسخ: (**بَعْدَ الأَجَلِ**) وقد ذكر سند الإجماع على الجواز بعد الأجل إذا كان المزيد فيه على الصفة؛ يعني: بشرط أن يعجل الجميع.

قال في المدونة: وإن أسلمت في ثوب موصوف فزدته عند الأجل دراهم على أن يعطيك ثوباً أطول منه في صفة من صنفه أومن غير صنفه جاز إذا تعجلت ذلك؛ أي: وإما إن لم يتعجل فلا يجوز؛ لأنه بيع للزيادة وسلف لتأخير الثوب الأول.

ابن يونس: **فإن قيل**: لِمَ منع التأخير بعده لعلة البيع والسلف وأجاز ذلك قبل الأجل، ولم يعجله ثوباً مؤجلاً ودراهم نقداً بثوب مؤجل أطول منه فيكون ديناً بدين كما قال سحنون؟ **قيل**: الفرق أنه قبل الأجل لم يملك المسلم تعجيل الثوب حتى يعد تأخيره به سلفاً، وأما بعده فقد ملك تعجيل الثوب فيكون تأخيره به سلفاً، والزيادة بيع، فيدخله البيع والسلف.

وقوله: (**وَفِيهَا: لأَنَّهُمَا صَفْقَتَانِ**) استدل به في المدونة على الجواز في جواب السائل لما قال له: لِمَ أجزته وقد صارت صفقة فيها دراهم نقداً ودراهم إلى أجل بثوب إلى أجل؟ قال: ليس هي صفقة واحدة، ولكنها صفقتان وللتحقيق أنها صفقتان إنما يجوز ذلك

بشرط أن يبقى من الأجل مثل أجل السلم؛ لأنها صفقة ثانية، وعلى هذا فيلزم تقديم الثمن. وقيد عبد الحق ما في المدونة فقال: يريد: أنه لو اشترط عليه في أصل العقد أنه يزيده بعد مدة كذا وكذا لم يجز، ولو قال: أسلمته إليك في كذا على أني إن زدتك في الثمن زدت في الطول لم يجز أيضاً؛ لأنها صفقة واحدة عقدت على غرر.

وقوله: (**كَغَزْلٍ يَنْسِجُهُ**) استدلال من ابن القاسم لقول مالك في النسج، ونصه: قال لي مالك: لا بأس به في النسج إذا دفع الرجل الغزل إلى النساج على أن ينسج له ثوباً ستة في ثلاثة، فزاده درهماً وزاده غزلاً على أن يجعله سبعة في أربعة، فقال السائل: مسألتي بيع وهذه إجارة فكيف يكون مثله؟ قال: الإجارة عند مالك بيع من البيوع؛ أي: أن الإجارة والبيع كلاهما عقد معاوضة مالية، ويمتنع فيها الغرر ويقعان على مضمون ومعين، فما يمتنع في أحدهما يمتنع في الآخر.

قوله: (**وَقَالَ سُحْنُونٌ: دَيْنٌ فِي دَيْنٍ**) أي: لأن الزيادة في طول الثوب تغيير للصفقة الأولى كالزيادة في صفاقته وخفته.

قوله: (**بِخِلافِ الإِجَارَةِ؛ لأَنَّهُ مُعَيَّنٌ**) أي: أن سحنون فرق بين السلم والإجارة بأن في السلم نقله من مضمون إلى مضمون، وذلك فسخ دين في دين، والإجارة والمستأجر عليه معين؛ فهو في حكم البيع للمعين، ولهذا يجوز فيها تأخير العوض، ولولا أنها في حكم المعين ما جاز تأخير العوض فيها؛ لأنه يكون دين بدين.

قال في النكت: وفي قول سحنون نظر؛ لأن الإجارة أيضاً في ذمته، ألا ترى أنه لو مات لم تنفسخ الإجارة، ويستأجر من ماله من يتم العمل، فصار كل منهما ديناً عليه.

تنبيه:

إنما وقعت المسألة في المدونة في ثوب أطول والمصنف قال: (**أَطْوَلَ أَوْ أَعْرَضَ**) وفيه نظر.

ومقتضى كلام اللخمي أن الأعرض يتفق فيه على المنع؛ لأنه قال: إن زاده دراهم قبل الأجل ليأخذ إذا حل الأجل أصفق أو أرق أو أعرض لم يجز، وهو فسخ دين في دين، ويجوز ذلك إذا حل الأجل إذا كان يقبض العوض الثاني قبل الافتراق، وإن زاده قبل الأجل ليأخذ أطول، وهو على الصفة في الجودة جاز ذلك عند ابن القاسم، وقال سحنون: هو فسخ دين في دين. والأول أصوب، وهو مقتضى كلام ابن يونس.

وبِغَيْرِ جِنْسِهِ بَعْدَ أَجَلِهِ يَجُوزُ بِثَلاثَةِ شُرُوطٍ: أَنْ يَكُونَ الْمُسْلَمُ فِيهِ مِمَّا يُبَاعُ قَبْلَ قَبْضِهِ فَيُخْرِجُ الطَّعَامَ....

أي: وإن كان قضاء المسلم [٥٠٥/ب] فيه بجنس مخالف لجنسه، وذلك بعد أن حل أجل السلم فإنه يجوز بثلاثة شروط:

أحدها: (**أَنْ يَكُونَ الْمُسْلَمُ فِيهِ مِمَّا يُبَاعُ قَبْلَ قَبْضِهِ**) تحرز به مما إذا كان المسلم فيه طعاماً فلا يجوز أن يقتضي عنه من غير جنسه، كما لو اقتضى فولاً أو عدساً عن قمح، وأجازوا إذا أسلم في سمراء أن يأخذ عنها محمولة وبالعكس، وكذلك القمح والشعير، وكان ينبغي أن يحتاطوا بالمنع؛ لأنه قيل: إنهما جنسان كما احتاطوا بالمنع في القمح والدقيق كذلك.

وَأَنْ يَكُونَ الْمُقْتَضى مِمَّا يُسْلَمُ فِيهِ رَأْسُ الْمَالِ فَيَخْرُجُ أَخْذُ الطَّعَامِ ورَأْسُ الْمَالِ طَعَامٌ، والذَّهَبُ بِالْوَرِقِ وعَكْسُهُ، والْعُرُوضُ بِصِنْفِهَا....

هذا ثاني الشروط؛ وهو: أن يكون المقتضى؛ أي: المأخوذ عوضاً عما في الذمة مما يصح أن يسلم فيه رأس المال، وذكر أنه احترز بهذا الشرط من ثلاث مسائل، وتصورها واضح، ومنعت سداً للذريعة.

ويستثنى من الأول إذا كان الطعام المأخوذ مساوياً لرأس المال فإنه يجوز ويعد إقالة، ومن الثانية ما إذا زاد أحد العوضين على الآخر زيادة كثيرة لِبُعْدِ التُّهْمَةِ حينئذ عن الصرف المستأخر، ومن الثالثة ما إذا كانت العروض المأخوذة مثل رأس المال.

وَأَنْ يَكُونَ الْمُقْتَضَى مِمَّا يُبَاعُ بِالْمُسْلَمِ فِيهِ يَداً بِيَدٍ، فَيَخْرُجُ أَخْذُ اللَّحْمِ عَنِ الْحَيَوَانِ، وعَكْسُهُ....

هذا ثالث الشروط، وتصوره واضح.

وقَبْلَ أَجَلِهِ يُزَادُ: أَنْ يَكُونَ الْمُقْتَضَى مِمَّا يُبَاعُ بِالْمُسْلِمِ فِيهِ إِلَى أَجَلٍ فَيَخْرُجُ صِنْفُ الْمُسْلِمِ فِيهِ الأَعْلَى والأَدْنَى....

هذا قسيم قوله: (**بَعْدَ أَجَلِهِ**) يعني: وإن وداه بغير جنسه قبل أجله اعتبرت الشروط الثلاثة.

وزيد رابع؛ وهو: أن يكون المقتضى مما يصح سلمه فيما يثبت في الذمة إلى أجل، فلا يجوز أخذ أعلى أو أدنى؛ لأنه في الأعلى يلزم حُطَّ الضَّمَانَ وَأَزِيْدُكَ، وفي الأدنى: ضَعْ وَتَعَجَّلْ، والظاهر أن مراده بالأعلى والأدنى في الصفة؛ لأنه غالب اصطلاح الفقهاء، ويكون سكت عن الأكثر والأقل في القدر؛ لأنه مساوٍ له، وإن كان ابن عبد السلام قال: الأقرب أن المصنف أراد في القدر؛ لأنه مساوٍ له. وإن كان ابن عبد السلام قال: الأقرب أن المصنف أراد بالأعلى والأدنى في الصفة والمقدار.

وَفِي اشْتِرَاطِ زَمَانَيْ سَلَمٍ لِتَوَسُّطِ الْمُقْتَضَى قَوْلانِ

يعني: أنه اختلف هل يُضم إلى الشروط السابقة شرطٌ آخر، وهو أن يكون قد مضى من يوم عقد السلم إلى زمان الاقتضاء أَجَلُ السلم، وأن يكون قد بقي فيما بين الاقتضاء وحلول الأجل الأول مقدار أجل السلم على قولين حكاهما ابن بشير، وذلك أنا لما اشترطنا صحة سلم رأس المال في هذا المقتضى واعتبرنا أيضاً أن يكون المقتضى مما يجوز سلمه في السلم فيه استلزم ذلك عقدتي سلم. وقيل: لا يشترط ذلك في الصورتين؛ لأن اشتراط الأجل في السلم ليس بالقوي؛ فلا يتحرز منه بخلاف ما تقدم من الشرط.

وبنى ابن بشير القولين على أن المأخوذ عما في الذمة سلف فلا يشترط الأجل أو بيع فيشترط.

وذكر بعضهم أن هذا الخلاف إنما يحسن إذا كان المقتضى مخالفاً في الجنس، وأما إن كان موافقاً فلا يشترط الأجل؛ لأنه في معنى القرض، والقرض يجوز حالاً ومؤجلاً؛ نعم يشترط فيه ما يشترط في القرض، وصورة ما ذكر أن يسلم ديناراً في قنطار حناء إلى شهر فقضى له فيه غير الجنس وهو قنطار من كتان مثلاً عند تمام خمسة عشر يوماً فهو رأس المال هنا، لأنه يقتضي من ذمته.

وصورته أيضاً أن يسلم ديناراً في ثوب ثم اقتضى فيه حماراً، فإن لم يكن أجل السلم بين عقد السلم والاقتضاء كان سلماً حالاً؛ لأن المعتبر أفعالهما كأنهما عقدا سلماً على الحمار المقتضى، وذكر الثوب وشبهه لغو، ووجه اشتراط مدة السلم بعد الاقتضاء أنه إن لم يكن أدى ذلك إلى السلم الحال أيضاً، ثم إن المسلم إليه ثبت في ذمته ثوب يأخذ الحمار.

الزَّمَانُ: ولا يَلْزَمُ قَبُولُ الْمُسْلَمِ فِيهِ قَبْلَهُ بِالْكَثِيرِ، وبِالْيَوْمَيْنِ يَلْزَمُ

لما فرغ من شروط السلم وآدابه شرع في زمانه ومكانه، ولما كان الأجل في السلم من حقهما لم يكن للمسلم ولا المسلم إليه التعجيل إلا برضاهما، وهذا هو القياس، لكن استحسن جماعة من المتأخرين ما رواه أشهب عن مالك أنه إذا قدم المسلم إليه باليوم أو باليومين لزم المسلم قبوله، وعلى هذا اقتصر المصنف؛ لأن التأخير إنما كان من حق المسلم لاختلاف الأسواق، واليومان لا تختلف فيهما الأسواق غالباً، ولهذا قيد بعضهم هذا بما إذا كانت قيمة السلعة الآن مساوية لقيمتها بعد يومين، وظاهر المدونة خلافه لقوله: وإن كان لك على رجل طعام فأتاك به لم تجبر على أخذه، وإن كان من قرض جبرت على أخذه. لكن ذكر ابن محرز عن الأشياخ أنهم فهموا الكتاب على ما رواه أشهب.

ابن راشد: ولو حل الأجل فكان رب السلم غائباً، ورفع المسلم إليه إلى القاضي وقال: "لا أرضى ببقائه في ذمتي واقتضه للغائب أيها القاضي" فحكى التونسي أنه يلزم القاضي أخذه وإيقافه للغائب.

ومثله في المدونة في باب المفقود، وظاهر ما في العيوب خلافه.

وَالْمَكَانُ: مَا يُشْتَرَطُ وَإِلاَّ فَمَكَانُ الْعَقْدِ

تصوره واضح، وما ذكره من الصحة إذا لم يشترط المكان هو المشهور، وفي كتاب ابن حارث إذا لم يذكر موضع القضاء فسد السلم.

فَلَو عَيَّنَ الْفُسْطَاطَ جَازَ، فَلَو تَشَاحَّا فَسُوقُهَا

أي: إذا اشترط التسليم بالفسطاط جاز، وهو مأخوذ مما تقدم، وإنما مراده به التوصل إلى ما بعده من التشاح، فإذا تشاح في جهاته قضى بالتسليم في سوق تلك السلعة؛ لأنه أخص بقاع [٥٠٦/ أ] البلد، وهذا هو المشهور. وقال سحنون في الموَّازِيَّة: على المسلم إليه أن يوصله إلى دار المسلم.

التونسي: وهو المحكوم به اليوم؛ لأن الناس اعتادوا ذلك، هكذا أشار إليه اللخمي أن الاعتبار بالعادة.

فرعان:

الأول: إن لم يكن للسلعة سوق فالمشهور أنه يلزمه القبول حيثما قضاه. وقال سحنون: بدار المسلم. وقال ابن القاسم في سماع عيسى: بالموضع الذي قبض فيه رأس المال.

ابن بشير: وهذا ليس بخلاف، وإنما يرجع إلى العوائد.

الثاني: إذا اختلفا في الموضع الذي شرط القبض فيه فقال ابن القاسم: القول قول من ادعى موضع العقد وإلا القول قول المسلم إليه إن أتى بما يشبه، وإلا فقول المسلم إن أتى بما يشبه، وإن تباعدا تحالفا.

وقال سحنون: القول قول المسلم إن ادعى الآخر موضع العقد؛ لأنه صاحب الحق.

وقال أبو الفرج: إن لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا؛ لتساويهما.

فَإِنْ ظَفِرَ بِهِ فِي غَيْرِهِ وكَانَ فِي الْحَمْلِ مُؤْنَةٌ لَمْ يَلْزَمْ، وَإِلاَّ فَقَوْلانِ

يحتمل: فإن ظفر من عليه الدين بالطالب وأراد المديان التعجيل فامتنع الطالب، ويحتمل عكسه؛ فعلى الأول فقال ابن بشير وغيره: المسألة على ثلاثة أقسام:

إن كان الدين عيناً وجب قبوله، قال في نوازله: إلا أن يتفق أن للطالب فائدة في التأخير كما لو حصل في الزمان خوف أو فيما بين البلدين.

وإن كان الدين عروضاً لها حملٌ أو طعاماً فلا يجبر على قبوله، وإن لم يكن لها حمل كالجواهر فقولان: المشهور أنها كالعروض، وقيل: كالعين. قال: وهما خلاف في شهادة إن كان الأمن في الطريق فكالعين وإلا فلا. قال: وهذا إذا كان من بيع.

وأما القرض فيجبر على قبوله مطلقاً، وعلى الثاني فنص محمد وغيره أنه ليس للطالب جبر المطلوب مطلقاً.

اللخمي: ولأشهب عند محمد ما يؤخذ منه أنه إذا كان سعر البلدين سواء، وهو في البلد الذي لقيه فيه أرخص أنه يجبر المسلم إليه على القضاء في البلد الذي لقيه فيه، وحمل ابن عبد السلام المسألة على هذا الثاني، وقد يقال: هو الأقرب إلى لفظه، ولعل الأول هو المتعين؛ لأن ذكر مؤنة الحمل إنما يناسب إرادة المطلوب بالتعجيل، ولأنه كذلك منقول.

ويفهم من قوله: (**لا يَلْزَمُ**) أنهما لو اتفقا على ذلك جاز في العروض سواء حل الأجل أو لم يحل، وأما الطعام فيجوز إن حل الأجل، بل وإن لم يحل لم يجز، قاله في الموَّازِيَّة والواضحة، واعترض ذلك ابن الكاتب والتونسي وابن محرز، وقالوا: لا فرق بين حلول الأجل وعدم حلوله؛ لأن القضاء لا يلزمه هناك فأشبه عدم الحلول؛ لأن مسافة البلدين يفتقر فيها إلى كراء الحمولة، فكأنه وجب عليه كراء الحمولة فعجل له الطعام بشرط أن يسقطها فيدخله ضع وتعجل.

ابن بشير: ونقل اللخمي عن الموَّازِيَّة المنع سواء حل ذلك الأجل أو لم يحل.

والذي في الموَّازِيَّة التفرقة بين حلول الأجل وعدمه كما تقدم.

ولا يَجُوزُ أَخْذُهُ ودَفْعُ الْكِرَاءِ؛ لأَنَّهُمَا كَالأَجَلَيْنِ

أي: فإن لقيه في غير المكان الذي يتعين فيه القبض فتراضيا على أخذ المسلم ودفع كراء ما بين المسافتين لم يجز، قال في المدونة: لأن البلدين بمنزلة الآجال، ثم هذا المنع عام في الطعام وغيره، لكن تزيد العلل المقتضية للفساد في الطعام؛ إذ فيه بيعه قبل قبضه، والنسيئة لأنه أخره في الطعام الذي يجب له ليستوفيه من نفسه في بلد الشرط، والتفاضل بين الطعامين، ويدخل في الطعام وغيره سلف جر منفعة إذا كان ما أخذ المسلم من الكراء من جنس رأس المال. وبيع وسلف وحط الضمان وأزيدك إذا كان في موضع الاشتراط أرخص.

ومفهوم قوله هو مفهوم المدونة: أنه لو لم يأخذ كراء المسافة لجاز، ولا إشكال فيه في العروض، وأما الطعام فقد تقدم أنه قوله في الموَّازِيَّة والواضحة، وأن ابن الكاتب وغيره اعترضوا ذلك، وقال: ينبغي عدم جوازه.

الْقَرْضُ: يَجُوزُ قَرْضُ مَا يَثْبُتُ سَلَماً إِلا الْجَوَارِيَ، وَقُيِّدَ لِغَيْرِ مُحْرِمٍ وَالنِّسَاءِ، وَالصَّغِيرِ يَقْتَرِضُ لَهُ وَلِيُّهُ، وَالصَّغِيرَةِ الَّتِي لا تُشْتَهَى....

القرض في اللغة هو القطع، ومنه قوله: قرض الفار الثوب.

وحقيقة القرض معلومة للعامة فضلاً عن الفقهاء، وكذلك كونه مندوباً، وصح أنه عليه السلام اقترض.

وذكر أنه يجوز قرض كل ما يصح السلم فيه كالعروض والحيوان، ويفهم أن كل ما لا يصح سلمه لا يصح قرضه؛ فلا يجوز قرض الأرضين والأشجار وتراب المعادن والجواهر النفيسة، ثم استثنى من هذه القاعدة الجواري، فإنه يجوز السلم فيهن، ولا يجوز قرضهن؛ لأن الْمُسْتَقْرِضَ لما كان متمكناً من رد المثل والعين صار في معنى إعارة الفرج وهو ممنوع، وأجاز ابن عبد الحكم في الحمديسية قرضهن؛ إذ شرط عليه ألا يرد عينها وإنما يرد مثلها، ونقل بعضهم هذا القول فقال: وقال ابن عبد الحكم: يجوز قرض الجواري، وعليه رد المثل، ولا يرد ما استقرض.

ابن عبد السلام: وهذا هو خلاف. وعلى الأول -وهو نقل الموثوق بهم- لا يبعد موافقته للمشهور، والظاهر أن الكلية التي ذكرها المصنف هنا مطردة منعكسة، فأعطى كلامه أن كل ما يصح أن يسلم فيه إلا الجواري يصح أن يقرض، وكل ما يصح أن يقرض يصح أن يسلم فيه، غير أن هذا العكس لا يحتاج معه إلى استثناء شيء. ومن قال بعدم [٥٠٦/ ب] عكس هذه الكلية زعم أن جلد الميتة المدبوغ يصح قرضه، ولا يصح أن يسلم فيه غير صحيح بكل اعتبار، والله أعلم.

واعترض بعضهم قول ابن عبد الحكم بأن الشرط لا ينفع؛ لأنها على مثل الدَّيْنِ صفة ومقداراً، ومن أتى بذلك جبر ربه على قبوله، وفيه نظر، لجواز استثناء هذه الصورة لئلا يؤدي إلى عارية الفروج.

وقوله: (**وَقُيِّدَ**) وقع في بعض النسخ بالدال فيكون تقييداً، وهو أحسن، وفي بعضها باللام فيكون خلافاً لابن بشير، وأكثر الشيوخ أنه غير خلاف، وهو يشعر أن بعضهم عده خلافاً.

وقوله: (**وَالصَّغِيرِ يَقْتَرِضُ لَهُ وَلِيُّهُ**) و(**الصَّغِيرِ**) مخفوض بالعطف على المحرم؛ أي: قرضهن لهؤلاء جائز.

فائدة:

تقرر ما ذكرناه أن كل شيء يجوز قرضه إلا أربعة أشياء:

- ما لا يمكن الوفاء بمثله كالدور والأرضين والجواهر النفيسة.
- وما لا تحصره الصفة كتراب المعادن وتراب الصواغين.
- والجواري إلا على ما ذكره.
- والجزاف إلا ما قَلَّ كرغيف برغيف ونحوه.

فَإِنْ أَقْرَضَهَا ولَمْ يَطَأْ رُدَّتْ

أي: فإن أقرض جارية على الوجه المنهي عنه فسخ هذا القرض وردت إلى دافعها، وليست غيبته عليها بمفيتة للرد وليست كغيبة الغاصب عند من جعل غيبة الغاصب تفيت كالوطء؛ لأنه متعد، ولا كغيبة من أحلت له جارية؛ لأن من أحلت له إنما غاب عليها الوطء.

وإِنْ وَطِئَ وَجَبَتِ الْقِيمَةُ عَلَى الْمَنْصُوصِ، وقِيلَ: المِثْلُ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُسْتَثْنَى الْفَاسِدَ يُرَدُّ إِلَى صَحِيحِ أَصْلِهِ أَو صَحِيحِهِ....

يعني: وإن وطئ المقترض الجارية؛ يريد: أو فاتت بما تفوت به في البيع الفاسد - هكذا هو المنصوص- وجبت القيمة على المنصوص كالبيع الفاسد إذا فات المبيع وهو

مقوم؛ بناءً على أن القرض الفاسد يرد إلى أصله وهو البيع، وقيل: المثل رداً له إلى صحيحه وهو القرض.

ابن يونس: وأظنه قول الأبهري، والأول أصوب، ولهذا نظائر كالمساقاة الفاسدة والقراض ونحوهما، والصواب لو قال: إلى فاسد أصله وإلى صحيح نفسه؛ لأن الواجب في صحيح أصله الثمن لا القيمة، وهذا الذي ذكره المصنف عام في كل قرض فاسد، سواء كان فساده من الجهتين أو من جهة المقترض وحده، ما لو قصد نفع نفسه، ولم يعلم المقترض بذلك.

وأورد ابن محرز على أبي بكر بن عبد الرحمن فقال: كيف يلزم المقترض القيمة وهو لم يدخل عليها، وإنما دخل على المثل فقال: هذا مثل ما قاله فيمن تزوج امرأة فأدخلوا عليه مكانها أمة لهم فقد عدها مالك كالمحللة وألزم الزوج القيمة، وإن كان لم يدخل عليها، وأشار ابن محرز إلى أن الحكم في مسألتي القرض والأمة ليس بصحيح، قال: ولا يصرف عيب المسألة وجود أخرى في مثلها بذلك العيب، والصواب عندي ألا يؤخذ المقترض إلا بما دخل عليه فيغرم المثل ثم يباع للمقترض ويعطاه إن كان مساوياً للقيمة أو ناقصاً عنها وليس له سواه، وإن زاد وقف الزائد رجاء أن يرجع المقرض عن دعواه في فساد القرض، فإن طال توقفه تصدق به على من هوله، ومال المازري إلى ما اختاره ابن محرز، قال: لولا ما ينظر فيه من يتولى البيع، وعلى من تكون العهدة، وهذا يفتقر إلى نظر آخر.

وشَرْطُهُ ألا يَجُرَّ مَنْفَعَةً لِلْمُقْرِضِ

أي: سواء تمحضت المنفعة للمقرض أو اشتركت فيها مع المقترض؛ أعني: أن تكون المنفعة لهما على السواء أو منفعة المقرض أكثر، وأما إن كانت منفعة المقترض أكثر فسيتكلم عليها المصنف، ولا أعلم فيما ذكره المصنف خلافاً.

والسَّفَاتِجُ مُمْتَنِعَةٌ عَلَى الْمَشْهُورِ

يقال: السفاتج والسفتجات على جمع السلامة، وواحده سفتجة، والسفتجة بفتح السين المهملة وسكون الفاء وفتح التاء المثناة من فوق وبالجيم، وهي كتاب صاحب المال لوكيله في بلد آخر ليدفع إلى حامله بدل ما قبضه منه، والمشهور مذهب المدونة؛ لأن شرط القرض ألا يجر منفعة، وقد انتفع هذا بأمر غرر الطريق. وقيده عبد الوهاب واللخمي بما إذا لم يكن قطع الطريق غالباً، فإن غلب استحب؛ صيانةً للأموال، واستدلا بقول مالك في الكراء المضمون بتأخر النقد فيه؛ لكون الأكرياء قد اقتطعوا أموال الناس، ويدفع ثلثي الكراء، ثم أجازه إذا قَدَّمَ اليسير كالدينار ونحوه، وهذا هو الدين بالدين، وقد أجازه مالك؛ لئلا تهلك أموال الناس، والشاذ لمحمد بن عبد الحكم بالجواز، ونقل ابن الجلاب عن مالك الكراهة، قال: وأجازه غيره من أصحابنا، فإن لم تتأول الكراهة على المنع كان ثالثاً، وكذلك إن لم يجعل كلام القاضي تقييداً لقول مالك كان رابعاً.

وفِي سَلَمِ السَّائِسِ بِالسَّالِمِ فِي زَمَنِ الْمَسْغَبَةِ، والدَّقِيقِ والْكَعْكِ لِلْحَاجِّ بِدَقِيقٍ فِي بَلَدٍ بِعَيْنِهِ قَوْلانِ، وفيها: يُسَلِّفُ ولا يَشْتَرِطُ....

السائسُ هو الْمُسَوَّسُ، وتصور كلامه ظاهر، والمشهور المنع في المسألتين، والشاذ لسحنون، وقيد اللخمي المشهور بما إذا لم يقم دليل على إرادة نفع المستسلف فقط، وأما إن قام ذلك فيجوز، ونص ابن حبيب على عدم الجواز وإن كان النفع للمستسلف وحده، ونقل أبو محمد صالح عن أبي موسى المومناني أن قول اللخمي تفسير للمذهب، وأن قول ابن حبيب خلاف، ويدل على أن قول اللخمي [٥٠٧/أ] تفسير قوله في المدونة:"ومن له إلى جانبك زرع فاستقرضته منه على أن تقضيه من زرع لك ببلد لم يجز، وإن أقرضك فداناً من زرع تحصده وتدرسه لحاجتك وترد عليه مثل كيل ما فيه؛ فإن فعل

ذلك رفقاً ونفعاً لك دونه جاز إن كان ليس فيها كفيته منه كبير مؤنة في كثرة زرعه، ولو اعتزى بذلك نفع نفسه بكفايتك إياه لم يجز".

وخص الحاج بالذكر لأنه يقصد إليها غالباً، وإلا فكل من كان مثله فكذلك.

وَهَدِيَّتُهُ لا تَجُوزُ مَا لَمْ يَكُنْ مِثْلُهَا قَبْلُ، أَوْ حَدَثَ مُوجِبٌ، فَإِنْ وَقَعَتْ رُدَّتْ، فَإِنْ فَاتَتْ فَكَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ....

أي: وهدية المديان لا تجوز؛ لأنها تؤول إلى السلف بزيادة.

ابن بطال في شرح البخاري: وكذلك هدية ذي الجاه، وقاله الغزالي.

وألحق المتأخرون بهدية المديان هدية رب المال لعامله في القراض؛ لأنه يقصد بذلك أن يستديم العامل العمل فيصير سلفاً جر منفعة، وأما هدية العامل لرب المال فإن لم يشغل المال منع بالاتفاق، وإن أشغله فللمتأخرين قولان؛ بناءً على اعتبار الحال والمآل، واختار ابن يونس المنع مطلقاً.

قوله: (**مَا لَمْ يَكُنْ مِثْلُهَا قَبْلُ**) فتجوز بمثل تلك الهدية، وأما لو زادت لم يجز. وحدوث الموجب كالمصاهرة ونحوها، وفي العتبية عن مالك في مبتاع الزيت بثمن إلى أجل ويبقى له من وزن الزيت رطلان أيتركهما للبائع؟ فأجازه في اليسير وقال: لا يعجبني في الكثير، وقال في البيان: كرهه مالك في الكثير؛ خوفا من هدية المبتاع.

وقوله: (**فَإِنْ وَقَعَتْ رُدَّتْ، فَإِنْ فَاتَتْ فَكَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ**) فيرد المثل في المثلي، والقيمة في المقوم.

وَفِي مُبَايَعَتِهِ بِالْمُسَامَحَةِ الْجَوَازُ وَالْكَرَاهَةُ

يعني: أنه اختلف في مبايعة المديان لرب الدين وبمسامحة من المديان له، ومفهوم كلامه الجواز إذا لم تكن مسامحة، ومقتضى ما حكاه المازري وابن بشير وغيرهما العكس،

وهو الظاهر إن كانت مسامحة منع وفاقاً، وإلا فقولان، وقيد اللخمي الخلاف بما قبل الأجل، وأما بعده فلم يحك إلا الكراهة، وصرح المازري بعدم الجواز بعد الأجل فقال: وكذلك إن كانت المبايعة بعد حلول الدين فلا يجوز ذلك، وهو آكد في التهمة؛ لأن الدين قد وجب على مَنْ عليه قضاؤه.

وَيَمْلِكُ الْقَرْضَ، وَلا يَلْزَمُ رَدُّهُ إِلا بَعْدَ مُدَّةِ الشَّرْطِ لَو الْعَادَةِ، وَلَهُ رَدُّ الْمِثْلِ أَوِ الْعَيْنِ مَا لَمْ يَتَغَيَّرْ....

أي: يملك المقترض الشيء المقرض، ولا يلزم رده إلا بعد المدة المشروطة بلا خلاف، وإن لم يشترطا مدة رجعا إلى التحديد بالعادة، وليس له رجوع قبلها. قال الخضراوي في وثائقه: إلا أن يعسر، وأجراه على عارية الجدار المبهمة. ويأتي على قول مطرف وابن الماجشون في الجدار أنه ليس له أن يرجع وإن احتاج، وما ذكره المصنف من الرجوع إلى العادة عند الإطلاق.

ابن محرز وغيره: هو ظاهر المذهب.

وحكى جماعة فيه إذا اتفقا على أن العقد وقع على الإطلاق ثم طلب رب القرض أخذه ثلاثة أقوال:

قال أبو عمران: ذلك جائز ويقضى بالحلول.

وقال ابن أبي زيد: يقضى بالأجل.

وقال ابن القاسم: لا يجوز وإن لم يتفقا على أن العقد وقع على الإطلاق؛ وقال المقرض على الحلول، وخالفه المقترض فقال الشيخان: القول قول المقترض. وقال ابن أخي هشام: القول قول المقرض. وفي المدونة القول قول المقترض. فرأى الشيخان أن الراء مكسورة، ورأى ابن أخي هشام أنها مفتوحة.

وقوله: (**أَوِ الْعَيْنِ**) أي: وله رد العين المقترض ما لم يتغير بنقص أو زيادة إلا أن يتراضيا؛ لأنه حينئذٍ في النقص حسن اقتضاء، وفي الزيادة حسن قضاء.

الْمُقَاصَّةُ إِنْ كَانَ الدَّيْنَانِ عَيْناً مِنْ بَيْعٍ وتَسَاوَيَا صِفَةً وحُلُولاً ومِقْدَاراً جَازَ اتِّفَاقاً

المقاصة هي عند الفقهاء مستثناة من بيع الدين بالدين، وقسم المصنف الدينين فجعلهما مرة من بيع ومرة من قرض ومرة من بيع وقرض، وذكر أنهما إذا كانا من بيع؛ يعني: وهما من العين وتساويا صفة وحلولاً ومقداراً جاز باتفاق، وسيأتي ما احترز منه بالقيود المذكورة.

والجواز هنا بمعنى الإذن، وإلا فقد اختلف هل يجب أن يعمل على قول من دعا منهما إليها وهو المشهور، أو القول قول من دعا منهما إلى عدمها، رواه ابن زياد عن مالك؟ وأخذ من المدونة في الصرف والسلم الثاني والنكاح الثاني القولان. وأشار بعض المتأخرين إلى دخول الخلاف في المقاصة هنا من الخلاف في صرف ما في الذمة. وفيه بُعْدٌ؛ لأن ذلك الخلاف إنما هو اختلاف الدينين في أمر ما، وذلك يوجب اختلاف الأغراض التي يقصد معها المبايعة، بخلاف هذه المسألة.

فَإِنِ اخْتَلَفَ الْوَزْنُ امْتَنَعَ اتِّفَاقاً

فإن اختلف الدينان في القيد الآخر خاصة من القيود المذكورة امتنعت المقاصة باتفاق؛ لأنها مبادلة وأحد العينين أكثر؛ فهو تفاضل، واعترض كلام المصنف بأن ابن حبيب قال: إذا كان أحد الذهبين وازنة والأخرى ناقصة لم تجز المقاصة حتى تحل الوازنة، فمقتضاه جواز المقاصة إذا حلا.

وقال ابن بشير: إذا اختلفا في المقدار والصفة فلا تجوز المقاصة إلا أن يحل الأجلان.

قال: وهذا إذا كانا من بيع.

وقال ابن المواز في الاختلاف في العدد: إذا كانا من بيع وكان أولهما حلولاً أكثرهما أن ذلك جائز، قال: وكذلك إذا كان أحدهما من قرض، وهو أكثر وأول حلولاً. واستظهرنا عليه بالزيادة في العدد لإطلاقهم الجواز مع الحلول، [٥٠٧/ ب] ولم يقيدوا باتفاق الوزن ولعدم الفارق بين الزيادة في الوزن والعدد.

وإِنْ لَمْ يَحِلاَّ أَو حَلَّ أَحَدُهُمَا جَازَ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ؛ لأَنَّ لَهُ التَّعْجِيلَ لِتَسَاوِيهِمَا، ولا ضَمَانَ فِي الْعَيْنِ، ورَوَى أَشْهَبُ الْمَنْعَ إِذَا اخْتَلَفَ الأَجَلُ، وَوَقَفَ إِذَا اتَّفَقَ ....

أي: وإن لم يحل الدينان، اتفق أجلهما أو اختلف أو حل أحدهما فقط، فمذهب ابن القاسم جواز المقاصة؛ لأن لمن عليه الدين تعجيله؛ لأنه عين، ولا ضمان فيه فيكون في حكم الحال.

قوله: (**لِتَسَاوِيهِمَا**) أي: في غير الأجل، ومع التساوي تبعد التهمة في البدل المستأخر، فكأنه قيل: ولم جاز؟ فقال: لتساوي الدينين في القدر والصفة المؤجلين في حكم الحالين، فيحصل التساوي في الثلاثة، فتعود إلى ما قبلها فلا يتهمان على سلف بزيادة، ولا حط الضمان، ولا ضع وتعجل، فينتفي قصد المعاوضة، ويتضح قصد المباراة والمتاركة. وروى أشهب عن مالك منع المقاصة إذا اختلف الأجل، والوقف إذا اتفق، فمنع مع الاختلاف؛ لأن المكايسة تختلف فيه باختلاف الأجل، ووقف إذا اتفق؛ للتردد في قصد المعاوضة فيمتنع؛ لأنه دين بدين، أو قصد المتاركة لتساوي الأجل فيجوز.

وفي قوله: (**وَوَقَفَ**) إيهامٌ أن الواقف أشهب، فالأولى أن يقول: "بالوقف" ليكون معطوفاً على المنع. ولابن نافع ثالث بالجواز إذا حلا أو حل أحدهما، وبالمنع إذا لم يحلا كان الأجل متفقاً أو مختلفاً، وحكى ابن بشير رواية أشهب ما يقرب من العكس، وإن لم ينسبها لأشهب فقال: أجاز إذا حل الأجلان، ووقف إن لم يحلا.

ابن عبد السلام: والأقرب أنه وهم.

وجعل ابن عبد السلام ما إذا تساوى أجلاهما يرجع إلى القسم الأول الذي حكى فيه المصنف الاتفاق، وجعل وقف أشهب مانعاً للاتفاق لما تبين في الإجماع السكوتي سواء عددنا وقف الحيرة قولاً أو لا، وإن كان الأصح ألا يعد قولاً، لكن تقابل الاتفاق، والاختلاف تقابل الضدين، وعلى ما قررنا لا يأتي هذا.

وإِذَا اخْتَلَفَتِ الصِّفَةُ، والنَّوْعُ وَاحِدٌ أَو مُخْتَلِفٌ، فَإِنْ حَلاَّ جَازَ عَلَى صَرْفِ مَا فِي الذِّمَّةِ، وإِنْ لَمْ يَحِلاَّ مُنِعَ عَلَى الْمَشْهُورِ؛ لأَنَّهُ صَرْفٌ أَو بَدَلٌ مُسْتَأْخِرٌ، وقَالَ اللَّخْمِيُّ: إِنْ كَانَ الأَجْوَدُ حَالاًّ أَو أَقْرَبَ حُلُولاً جَازَ...

يعني: إذا اختلفت صفة العينين مع اتحادهما في النوع كمحمدية ويزيدية أو كان النوع مختلفاً؛ فإن كان على أحدهما ذهب والآخر فضة فإن حل الأجلان جازت المقاصة؛ لأنها مبادلة في الوجه الأول وصرف ما في الذمة في الثاني، وعلى الشاذ أنه يمتنع صرف ما في الذمة يمتنع هنا، وقد نص ابن وهب وابن لبابة على منع المقاصة بين الذهب والفضة، واقتصر المصنف بتوجيه الصرف عن توجيه جواز البدل؛ لأنه في معناه.

وإن لم يحل الدينان إما بأن لم يحلا معاً أو حل أحدهما فالمشهور المنع؛ لأنه في المختلف النوع صرف مستأخر، وفي المتفق بدل مستأخر، وهذا معنى قوله: (**لأَنَّهُ صَرْفٌ أَو بَدَلٌ مُسْتَأْخِرٌ**) فـ(**أَوْ**) في قوله: (**أَوْ بَدَلٌ**) للتفصيل.

قوله: (**وَقَالَ اللَّخْمِيُّ...إلخ**) جعله اللخمي من باب المراطلة، فإن تقدم الأجود فقد أحسن إليه من وجهين بأن يأخذ اليزيدية المؤخرة في المحمدية المعجلة فلا يتهم، بخلاف العكس؛ لأنه كأنه يقول: ضع عني زيادة المحمدية لأعجل لك اليزيدية.

وانظر هل قول اللخمي ثالث أو هو مقابل المشهور؟ وهو الأظهر؛ لأن لنا قولاً بجواز صرف ما في الذمة إن لم يحلا.

وكلام اللخمي ظاهر في المعنى، وينبغي أن يقيد المشهور بما إذا لم يتضح بعد التهمة، وأما إذا كان أحدهما أكثر من الآخر كثرة بينة فينبغي أن يجوز لبعدهما حينئذ عن التهمة على الصرف المؤخر على ما تقدم في بياعات الآجال.

وَالْقَرْضُ كَذَلِكَ، إِلاَّ أَنَّهُ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى تَفْصِيلٍ تَقَدَّمَ

أي: وإن كان الدينان مع كونهما من العين من قرض -وفي معناه أن يكون أحدهما من قرض- فكالدينين، أما إذا كانا من بيع فإن تساويا صفة وحلولاً ومقداراً جاز، وإن لم يحلا وهما متساويان في الصفة والمقدار جاز عند ابن القاسم، وأما إن اختلفا في الصفة أو في المقدار فقد أشار إلى حكم ذلك بالاستثناء في قوله: (**إِلاَّ أَنَّهُ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى تَفْصِيلٍ تَقَدَّمَ**) في قوله: (**وَالْقَضَاءُ بِالأَصْلِ صِفَةً...إلخ**).

فَإِنْ كَانَا طَعَاماً مِنْ قَرْضٍ فَكَذَلِكَ

أي: وإن كان الدينان طعاماً من قرض فكالدينين إذا كانا عيناً من قرض فيجوز في الطعامين ما يجوز في العينين، ويمتنع في الطعامين ما يمتنع في العينين، ولا فرق في الطعامين هنا بين أن يتساوى أجلاهما أم لا، ولا بين أن يحل أحدهما أم لا؛ لأن طعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه، ولهذا قال المازري: خَرَّجَ بعضهم هنا الثلاثة الأقوال المتقدمة في العينين المتساويين صفة وحلولاً؛ أعني: المتقدمة في قوله: (**فَإِنْ لَمْ يَحِلاَّ أَوْ حَلَّ أَحَدُهُمَا**) لأن الذهب يجوز بيعه قبل قبضه وطعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه. انتهى.

وحكى بعضهم الثلاثة الأقوال نصاً صريحاً، وهذه الأقوال إنما هي إذا اتفقت الصفة والمقدار، وأما إن اختلفت الصفة كمحمولة وسمراء فلا يجوز إلا أن يحلا؛ لأنه حينئذ

بدل، وأما إن لم يحلا أو لم يحل أحدهما لم يجز، قاله في المدونة. قال: لأنه لا يجوز قضاء سمراء من بيضاء، ولا بيضاء من سمراء قبل الأجل من بيع أو قرض. قال فيها: ولابن القاسم قول آخر في أخذ السمراء عن المحمولة قبل الأجل إذا كان ذلك من قرض.

سحنون: وهو أحسن.

وإِنْ كَانَا مِنْ بَيْعٍ فَإِنِ اخْتَلَفَا أَو رُؤُوسُ الأَمْوَالِ أَو الأَجَلُ امْتَنَعَ، فَإِن اتَّفَقَ الأَجَلُ مَنَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وأَجَازَ أَشْهَبُ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ طَعَامٌ بِطَعَامٍ نَسِيئَةً أَو قَبْلَ قَبْضِهِ، أَو عَلَى أَنَّهُ كَالإِقَالَةِ...

أي: وإن كان الطعامان [٥٠٨/ أ] من بيع فإن اختلفا في الجنس والصفة والكيل والأجل امتنع التقاصُّ.

و(**أَو رُؤُوسُ الأَمْوَالِ**) معطوف على الضمير في اختلف، وفيه العطف على الضمير المرفوع بالفصل، ولا يجوز عند البصريين إلا في الضرورة، ومنع لأنه بيع الطعام قبل قبضه فتحقق القصد إلى البيع بسبب الاختلاف.

وما ذكره المصنف من أنه إذا اختلف الأجل يمتنع التقاص هو جَارٍ على المشهور أن المعجل لما في الذمة يُعَدُّ مسلفاً. قال في الجواهر: وأما على ما قاله القاضي أبو إسحاق في إسقاط التأجيل فيجوز. فإن اتفق الأجلان بخلاف رؤوس الأموال والطعامان فقولان:

أولهما لابن القاسم: المنع من المقاصة؛ لأنه طعام بطعام نسيئة، ولأنه بيع الطعام قبل قبضه. زاد المازري: ولأنه دين بدين.

ثانيهما لأشهب: الجواز؛ لأنه كالإقالة، وهي جائزة. وشبه بالإقالة ولم يقل إقالة لأنهما لم يصرحا بها، وقد اتضح لك أن قوله: (**بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ طَعَامٌ بِطَعَامٍ نَسِيئَةً أَو قَبْلَ قَبْضِهِ**) تعليل لقول ابن القاسم وأن (**أَوْ**) للتفصيل، وأن قوله: (**كَالإِقَالَةِ**) تعليل لقول أشهب.

وفي كلامه نظر؛ لأن الواقع فيما رأيته من النسخ: **(فَإِنْ اتَّفَقَ الأَجَلُ مَنَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ)** وليس بظاهر، وصوابه **(الكُلُّ)** كما ذكر ابن شاس إلا أن يقال: لعله اكتفى بالتعليل بالإقالة، فإنه يشعر بالتساوي في ذلك؛ لأنه شرط.

فَإِنْ كَانَ مِنْ قَرْضٍ وَبَيْعٍ غَيْرِ مُخْتَلِفَيْنِ فَإِنْ حَلاَّ جَازَ، وَإِنْ لَمْ يَحِلاَّ أَو حَلَّ أَحَدُهُمَا مَنَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَجَازَ أَشْهَبُ، وَثَالِثُهَا: إِنْ حَلَّ السَّلَمُ جَازَ....

يعني: فإن كان أحد الطعامين سلماً والآخر قرضاً غير مختلفين في النوع والصفة والأجل فإن حلا جازت المقاصة وكان الذي له السلم اقتضى من نفسه طعام القرض الذي عليه ولا تهمة؛ لاتفاق الطعامين.

قوله: **(وَإِنْ لَمْ يَحِلاَّ)** أي: وإن لم يحل الطعامان، والمسألة بحالها: أو لم يحل أحدهما وحل الآخر فثلاثة أقوال، وتصورها من كلامه واضح. والثالث نقله المازري عن أشهب أيضاً ونقل عنه أيضاً الجواز إذا حلا جميعاً أو حل أحدهما، ونقل المازري عن ابن حبيب أنه أجاز المقاصة إذا اتفق الأجلان. وإن لم يحلا فرأى ابن القاسم أن مع اختلاف الأجل تختلف الأغراض؛ فيصح تقديم الطعام قبل قبضه، وغلب في الثاني حكم المعروف كما لو حلا معاً، وهو الذي راعى في الثالث إلا أنه أحسن؛ لاشتراطه حلول السلم وحده؛ لأن الغرض وإن لم يحل فالأجل مِنْ حَقِّ مَنْ عليه الطعام فله التعجيل فيصير الكل في معنى الحال، وغلب ابن حبيب المعروف فأجاز ذلك وإن لم يحلا إذا اتفقت الآجال؛ لتفاوت الأغراض في ذلك مع تساوي الآجال.

وإِنْ كَانَ الدَّيْنَانِ عَرَضاً فَمَا حَلَّ أَو كَانَ أَقْرَبَ حُلُولاً فَمَقْبُوضٌ عَنِ الآخَرِ، فَإِنْ أَوْقَعَ فِي: "ضَعْ وتَعَجَّلْ، أَو حُطَّ الضَّمَانَ وأَزِيدُكَ" امْتَنَعَ، وإِلا جَازَ...

قال المازري: إن اتفق العرضان في الجنس والصفة فالمقاصة بينهما جائزة مطلقاً من غير التفات إلى تماثل الأجلين واختلافهما أو تساوي الأسباب واختلافها، وإن اختلف

جنسهما ككساء ورداء؛ فإن اتفق الأجل جازت المقاصة لأن اتفاق الأجل يرفع القصد إلى المكايسة كما رفعها تساوي العرضين في الصفات، وإن لم يتفق الأجل منعت المقاصة إلا بشرط أن يحلا معاً، واختلف إذا حل أحدهما؛ ففي المدونة الجواز لانتفاء قصد المكايسة بحلول أحدهما. وفي المَوَّازِيَّة: لا يجوز لاختلاف الآجال.

ابن محرز: وهو الأصح عندي، وإن اتحد جنس العرضين ولم يحلا معاً -سواء اختلفت الصفة أو اتفقت- فإن اتفق الأجل جاز التقاص، وهذا القسم الأخير هو الذي تعرض المصنف لبيانه وأعطى فيه ضابطاً؛ وهو: أن ما حل أو كان أقرب حلولاً فهو مقبوض عما لم يحل أو عما هو أبعد حلولاً، فإن أدى اقتضاؤه عنه إلى: "ضع وتعجل، أو حط الضمان وأزيدك" امتنع، وإن لم يؤد إلى واحد منهما جاز، فإن كانا من بيع أو كان الحال أو الأقرب حلولاً أكثر أو أجود امتنع؛ لأنه حط الضمان وأزيدك. وإن كان أدنى أو أقل امتنع؛ لأنه ضع وتعجل، وهذا إذا كانا من بيع. فإن كانا من قرض والحال أو الأقرب أدنى أو أقل امتنع؛ لأنه ضع وتعجل، وإن كان أجود جاز؛ إذ لا ضمان في القرض. وإن كان أكثر عدداً امتنع؛ لأنه زيادة في القرض، وهو مكروه في المجلس، قاله في النكت، ويدخل فيه الخلاف المتقدم فيمن رد في القرض أكثر عدداً، وإن كان أحدهما من قرض والآخر من بيع فأجره على القسمين السابقين؛ أجازه من أجاز المقاصة في القرض برؤوس تلك العروض وكذلك غيره، ويسلك بعض الشيوخ طريقة أخرى فلا يجوز، وإنما قلنا أن كلام المصنف خاص بالجنس الواحد؛ لأن: "حط الضمان وأزيدك، وضع وتعجل" خاص، وظاهر كلام المصنف أنه لا يعتبر فيهما، وإن اتفق أجلاهما فذلك جائز سواء كانا من بيع أو قرض أو من بيع وقرض أو كان رأس المال دنانير والآخر دراهم، وتراخى ما بين المداينين التقاص لئلا يدخله صرف مستأخر.

المازري: واستدل هنا بما في السلم من المدونة فيمن أسلم دنانير في عروض، وأخذ رهناً بالسلم فضاع الرهن ووجب ضمانه من المرتهن فأراد المقاصة، فإنه يعتبر في جواز المسألة أن يكون هذا الرهن مما يصلح بيعه برأس المال إلى أجل. انتهى بمعناه.

ولَيْسَ فِي الْقَرْضِ حُطَّ الضَّمَانَ وأَزِيدُكَ؛ لأَنَّهُ يَلْزَمُ قَبُولُهُ بِخِلافِ السَّلَمِ، وضَعْ وتَعَجَّلْ يُدْخِلُ الْبَابَيْنِ....

المراد بالبابين القرض والسلم، وكلامه ظاهر مما تقدم.

* * *

الرَّهْنُ: إِعْطَاءُ أَمْرٍ وَثِيقَةً بِحَقٍّ

الرهن لغة [٥٠٨/ ب] هو: اللزوم والحبس، وكل شيء ملزوم فهو رهن، يقال: هذا رهن لك، أي: محبوس دائم لك، قال تعالى: ﴿ **كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ** ﴾ [المدثر:٣٨] أي: محبوسة، والرَّاهِنُ دافع الرهن، والمُرْتَهِنُ بكسر الهاء آخذه، ويقال لِلرَّهْنِ: مُرْتَهَنٌ بفتح الهاء، وقد يطلق على آخذه؛ لأنه وضع عنده الرهن، وعلى الراهن؛ لأنه يسأل الرهن.

الجوهري، والنووي: يقال رهنت الشيء وأرهنته.

وقال عياض: لا يقال أرهنه. وجمع الرَّهْن: رِهَانٌ وَرُهُونٌ وَرُهْنٌ.

الأخفش: وَرُهْنٌ قبيحة؛ لأنه لا يجمع فَعْلٌ على فُعُلٍ إلا قليلاً شاذاً. قال: وذكر أنهم يقولون: سَقْفٌ وَسُقُفٌ. وقد يكون الرُّهْنُ جمع الرِّهَانُ؛ أي: فيكون جمع الجمع.

وحده المصنف اصطلاحاً بقوله: (**إِعْطَاءُ...إلخ**). (**إِعْطَاء**) أمر كالجنس.

ابن عبد السلام: وأتى بلفظ (**أَمْرٍ**) ليشمل الذوات والمنافع، فإنه يصح رهناً.

قال ابن راشد: (**إِعْطَاءُ**) مصدر، وهو يضاف للفاعل والمفعول، فإن أضفته هنا إلى الفاعل فامرؤ مهموز، والمعنى: إعطاء رجل وثيقة بحق. وإن أضفته للمفعول لم يكن مهموزاً وكان بمعنى: شيء، والمعنى: إعطاء شيء وثيقة بحق. والأول أصح؛ لأن إضافة المصدر إلى الفاعل أكثر.

ونبه بقوله: (**إِعْطَاءُ**) على الإقباض؛ لأن الرهن لا يتم بمجرد القبض حتى يكون المالك هو الذي أقبضه إياه وأذن له في قبضه، فلو تولى المرتَهِن قبضه دون إقباض مالكه وإذنه لم يكن رهناً، بخلاف الهبة والصدقة؛ لأنه تعالى وصف "الرِّهَانَ" بكونها "مقبوضة" ولفظ: "مقبوضة" يقتضي قابضاً ومقبوضاً منه؛ فلابد من المقبوض منه، وإلا

لم يصح وصفه بكونه مقبوضاً، ولما لم يقل ذلك في الهبة والصدقة صح قبض الموهوب له والمتصدق عليه دون إقباض من الواهب أو المتصدق. انتهى.

ويمكن أن يُدَّعَى أنه من إضافة المصدر إلى المفعول، ولو قرئ امرئٍ بالهمز، وكلام ابن عبد السلام يأتي على أنه إضافة للمفعول، ويرجح أيضاً كونه مضافاً للفاعل أنه لو أضافه للمفعول لقال: إعطاء شيء؛ لأن ذلك أقرب للفهم، ولأن الأمر حقيقة في القول المخصوص على المختار عند أئمة الأصول.

وقوله: (**وَثِيقَةً بِحَقٍّ**) يخرج ما يعطى لا على سبيل التوثق، بل على سبيل الملك كالبيع، أو الانتفاع كالمستأجر والمعار.

قيل: وهو غير مانع لدخول الحميل فيه لا سيما -على المشهور- أنه لا يطالب إلا بعد تعذر الأخذ من المضمون، ولدخول اليمين فيها إذا أحلف رب الدين على الوفاء، ولدخول وثيقة الدين، فإن ما ثبت من الدين معطى لرب الدين على وجه التوثق.

وأجيب: بأن لفظة (**إِعْطَاءُ**) تقتضي حقيقتها دفع الشيء للمرتهن، ولا يَصْدُقُ ذلك على اليمين والحميل حقيقة، والوثيقة المكتوبة وإن صح دفعها لرب الدين؛ لأن قوله: (**وَثِيقَةً بِحَقٍّ**) يقتضي رد ذلك الشيء إلى يد دافعه، والوثيقة المكتوبة لا يلزم ردها بعد استيفاء الحق.

واعترض أيضاً أن الرهن مصدر، والأغلب في استعمال الفقهاء إطلاقه على المرهون، فينبغي أن يقول عوض قوله: (**إِعْطَاءُ**) (**مُعْطًى**).

ومذهبنا ومذهب الجمهور صحة الرهن حضراً وسفراً خلافاً لمجاهد أنه لا يصح إلا في السفر.

وَأَمْرُ الصِّيغَةِ كَالْبَيْعِ

يعني: فيكفي في التوثق كل فعل أو قول دل عليه، فتكفي المعاطاة، هكذا قرر ابن راشد وابن عبد السلام هذا المحل، وهو ظاهر لفظه، والذي نسبه ابن رشد لابن القاسم أن الرهن يفتقر إلى التصريح بلفظه، خلافاً لأشهب. وذكر أن اختلافهما قائم من مسألة النفقة على الرهن التي في المدونة؛ لأن عند ابن القاسم: المرتَهِن لا يكون أحق بما أنفق حتى يقول له الراهن: والرهن بما أنفقت رهناً. وعند أشهب يكون أحق به إذا قال: أنفق على أن نفقتك فيه. وإن لم يقل رهناً.

خليل: وهذا أخذ ظاهر، غير أنه مبني على ظاهر المدونة، فإن المسألة تنقسم ثلاثة أقسام كما ذهب إليه ابن شبلون، لا على ما ذهب إليه ابن يونس وغيره أنه لا فرق بين أن يقول: أنفق والرهن بما أنفقت رهن. وبين أن يقول: أنفق على أن نفقتك في الرهن. وسيأتي.

خليل: ويؤخذ مما في وكالة المدونة أن الرهن لا يفتقر إلى التصريح بلفظة الرهن؛ لقوله: وإن قال له: انقد عني واحبسه حتى أدفع لك الثمن. فهو بمنزلة الرهن، وقاله بعضهم.

وَشَرْطُ الْمَرْهُونِ أَنْ يَصِحَّ مِنْهُ اسْتِيفَاءٌ؛ فَلا يَجُوزُ خَمْرٌ وَلا خِنْزِيرٌ مِنْ ذِمِّيٍّ وَغَيْرِهِ

ابن عبد السلام: ينبغي أن تكون (مِنْ) سببية؛ كقوله تعالى: ﴿ مِّمَّا خَطِيٓـَٔـٰتِهِمۡ أُغۡرِقُواْ ﴾ [نوح:٢٥] أو لابتداء الغاية، ولا يصح أن تكون للتبعيض؛ لأن رهن مثل الدين فيه اضطراب في المذهب. انتهى. وفيه نظر؛ لأنه سيأتي أنه يصح رهن ما لا يعرف بعينه إذا كان عند أمين أو مختوماً عليه.

واشترط في الرهن: أن يصح منه الاستيفاء؛ لأن فائدة الرهن بيعه عند الوفاء، والخمر ونحوه لا يجوز بيعه. (**فَلا يَجُوزُ خَمْرٌ وَلا خِنْزِيرٌ**) أتى بالفاء المؤذنة بالسببية؛ أي: فبسبب اشتراطنا في الرهن ما ذكر لا يجوز لمسلم رهن خمر ولا خنزير لمسلم ولا

ذمي، ويحتمل أن يقدر كلامه: فلا يجوز للمسلم ارتهان خمر ولا خنزير من ذمي ولا غيره. وهكذا قال في المدونة: لا يجوز لمسلم أن يرتهن من ذمي خمراً ولا خنزيراً. والاحتمال الأول أظهر، لكن الكلام في المرهون.

فرع مرتب:

فعلى الاحتمال الأول: إذا رهن المسلم الخمر ونحوه من ذمي؛ أريقت عليه، ولم يكن عليه أن يأتي برهن آخر. وعلى الثاني: إذا ارتهن المسلم [٥٠٩/أ] خمراً لذمي، فقال أشهب: إذا قبضها ثم فلس الذمي؛ فلا رهن للمرتهن والغرماء فيه أسوة، لأن رهنه لم يكن جائزاً في الأصل.

سحنون: إلا أن يتخلل فهو أحق به. قال: وإن باع المسلم سلعة من الذمي وارتهن منه خمراً؛ فلا يفسد البيع ويرد الخمر إلى الذمي، ولو أراد المسلم وقفها بيد ذمي إلى أجل دينه لما يخاف من عُدم ربها لم يكن له ذلك.

فرع:

قال في المدونة: ومن ارتهن عصيراً فصار خمراً؛ فليرفعها إلى الإمام لتراق بأمره، وكذلك الوصي يجد خمراً في التركة خوفاً من أن يتعقب بأمر.

اللخمي وابن يونس وغيرهما: وإنما تراق إذا كان الراهن مسلماً، وأما إذا كان ذمياً فلترد إليه.

اللخمي: وقوله: فليرفعها إلى السلطان. يريد: إذا كان حاكم الموضع يحكم ببقائها أو يخللها، وإلا فليس ذلك عليه.

وَجِلْدُ الْمَيْتَةِ كَبَيْعِهِ

أي: رهن جلد الميتة يختلف فيه كما يختلف في بيعه. ومذهب المدونة: عدم جواز بيعه ورهنه. وعلى قول ابن وهب: يجوز رهنه بعد الدباغ؛ لطهارته حينئذ عنده.

المازري: ويجري في رهن الكلاب وجلود السباع ما في بيعها.

وَيَجُوزُ رَهْنُ الدَّيْنِ مِنَ الْمِدْيَانِ وَغَيْرِهِ

يجوز رهن الدين ممن عليه الدين، وهو مراده بـ(**الْمِدْيَانِ**)، ومن غيره، وهو ظاهر. ويشترط في جواز رهنه من المديان: أن يكون أجل الدين المرهون مؤجلاً بمثل أجل الدين الذي هو رهن به أو أبعد لا أقرب؛ لأن بقاءه بعد محله كالسلف فصار في البيع بيعاً وسلفاً، إلا أن يجعل بيد أمين إلى محل أجل الدين الذي رهن به البائع.

الباجي: وهذا تفسير قول مالك في العتبية وغيرها. وسيأتي كيفية قبض الدين إذا كان على غير المدين من كلام المصنف.

وَلا يُشْتَرَطُ الإِقْرَارُ

هذا وقع في كثير من النسخ بقاف وراءين، وعليها تكلم ابن راشد؛ أي: لا يشترط إقرار المدين بالدين؛ لأن رهن المجهول جائز بخلاف البيع، وكأن المرتَهِن دخل على أنه إن أقر به وإلا استوفاه من الأصل، ولم يصح ذلك في البيع لهذه الجهالة.

ابن عبد السلام: والصواب ضبط اللفظ بالفاء وراء بعدها وزاي بينهما ألف؛ فتقول: الإفراز. هكذا هي في كلام ابن شاس والغزالي، الذي قصد ابن شاس نحوَه، تنبيهاً من الجميع على مخالفة أبي حنيفة في منعه رهن المشاع.

خليل: وقد يقال: بل الأولى أحسن لمساعدة ما قبلها لها، ولأن المصنف سيتكلم على المشاع. والإفراز: هو القسمة.

وَيَجُوزُ رَهْنُ غَلَّةِ الدُّورِ وَالْعَبْدِ

تصوره ظاهر، وجوز ذلك حوز رقبتهما، وتوضع الغلة على يد أمين أو يختم عليها إن كانت مما لا يعرف بعينه.

وَرَهْنُ الآبِقِ والْبَعِيرِ الشَّارِدِ إِنْ قُبِضَ قَبْلَ مَوْتِ صَاحِبِهِ أو فَلَسِهِ

أي: يجوز رهن الآبق والبعير الشارد، ولم يحك المازري وغيره في ذلك خلافاً إذا لم يقارن عقد البيع، وَخَرَّجَ بعضهم قولاً بالمنع من الجنين، ورُدَّ بأن الغرر في الجنين أقوى؛ لأنه باعتبار وجوده وعدمه، بخلاف الآبق ونحوه؛ فإنه باعتبار وصفه.

المازري: وأما إن اشترط في عقد البيع؛ فقولان بالجواز وعدمه.

ابن رشد: والمشهور الجواز؛ بناءً على أنه لا حصة له في الثمن، أوْ له حصة. وظاهر المذهب: أن الرهن لا حصة له من الثمن.

قال في البيان: والقولان في ذلك قائمان من المدونة. انتهى.

وأما القول بأنه لا حصة له؛ فمن قوله في باب الرهن: فيمن وكَّل رجلاً على بيع سلعةٍ فباعها وأخذ بالثمن رهناً؛ أن الخيار للموكِّل في قبول الرهن، فلم يجعل له خياراً في رد البيع وإمضائه. ولو كان له حصة من الثمن لكان الوكيل متعدياً في بيعه بأقل من ثمن المثل.

ابن عبد السلام: وأما القول بأن له حصة من الثمن، فمن قوله: "وإن بعت منه سلعة بثمن إلى أجل على أن تأخذ منه رهناً ثقة من حقك فلم تجد عنده رهناً؛ فلك نقض البيع وأخذ سلعتك، أو تركه بلا رهن.

وقد يقال: إنما جعل في المدونة نقض البيع لمخالفة الشرط لا لنقص الثمن، فانظره.

فرع:

وإذا بنينا على القول بمنع اشتراطه في عقدة البيع، فهل يفسخ العقد باشتراطه أو لا؟ فيه قولان.

المازري: وهما جاريان على الخلاف في الشروط الفاسدة المقارنة للبيع.

وقوله: (**إِنْ قُبِضَ قَبْلَ مَوْتِ صَاحِبِهِ أو فَلَسِهِ**) ليس بظاهر؛ لأن رهن الآبق والشارد صحيح وإن لم يقبضا قبل موت صاحبهما، وإنما القبض قبل موت صاحبهما شرط في صحة الاختصاص.

وفِي رَهْنِ الْجَنِينِ قَوْلانِ

المشهور أنه لا يصح، خلافاً لأحمد بن ميسر فإنه أجازه قياساً على غيره من الغرر، ورد بأن الغرر في الجنين أقوى كما تقدم.

اللخمي: وهذا إذا كان في أصل عقد البيع.

وَرَهْنُ الثِّمَارِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلاحِهَا أَوْ بَعْدَهُ

معطوف على قوله: (**وَيَجُوزُ رَهْنُ غَلَّةِ الدُّورِ**) أي: ويجوز رهن الثمار والزرع، ولا خلاف في ذلك إن بدا صلاحها، ولهذا كان قوله: (**أَوْ بَعْدَهُ**) لا يحتاج إليه، وأما قبل بدو الصلاح فالمشهور ما ذكره المصنف، وروي عن مالك عدم الجواز.

وقوله: (قبله) يريد: وقد خلقت الثمرة.

المازري: وأما إن لم تخلق فذلك كرهن الجنين.

فَإِنْ مَاتَ الرَّاهِنُ وَلا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ انْتَظَرَ بُدُوَّ الصَّلاحِ

أي: فإن مات راهن الثمرة التي لم يبد صلاحها ولم يكن له مال غيرها؛ انتظر بالثمرة بدو الصلاح لتباع، وإنما انتظر بها بدو الصلاح لأن بيعها قبل ذلك لا يجوز.

واحترز بقوله: (**وَلا مَالَ لَهُ**) مما إذا كان له مال؛ فإنه يأخذ منه، لأن حق رب الدين في ذمة المديان.

فَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ عَلَيْهِ دُيُونٌ وَلَهُ مَالٌ لا يَفِي بِهَا؛ فَإِنَّهُ يُحَاصُّ فِي الْمَوْتِ والْفَلَسِ بِجُمْلَةِ دَيْنِهِ، فَإِذَا بَدَا صَلاحُهَا بِيعَتْ، فَإِنْ وَفَّتْ رَدَّ مَا أَخَذَهُ، وَإِلاَّ قُدِّرَ مُحَاصًّا [٥٠٩/ب] لِلْغُرَمَاءِ بِمَا بَقِيَ، فَمَا زَادَ رَدَّهُ عَلَيْهِمْ

مثال المسألة: لو كان عليه ثلاثمائة دينار لثلاثة رجال لكل واحد مائة ورهن عند أحدهم تمراً أو زرعاً قبل بدو الصلاح، ثم فلس الراهن أو مات ووجد للغريم مائة وخمسين ديناراً؛ فإن الثلاثة يتحاصون فيها، فيكون لكل واحد خمسون نصف دينه، وإنما دخل المرتَهِن معهم لأن دينه متعلق بذمة الراهن، والثمرة لا يمكن بيعها؛ لأنه قد تطرأ عليها آفة الآن فتهلك، فإذا حل بيعها بيعت واختص بها المرتَهِن، فإن بيعت بمائة ردَّ الخمسين التي كان أخذها أولاً؛ لأنه قد تبين أنه لا يستحقها. هذا معنى قوله: (**فَإِنْ وَفَّتْ رَدَّ مَا أَخَذَهُ**). وإن لم تف كما لو بيعت بخمسين اختص بها، ثم يقال له: قد تبين أنك إنما يجب لك الحصاص بخمسين؛ فلا يكون لك إلا ثلاثون بثلاثة أخماسها؛ لأن لك خمسين، ولكل واحد منا مائة، فالمجموع مائتان وخمسون، والموجود مائة وخمسون، ونسبتها إلى المائة والخمسين ثلاثة أخماس، فيمسك بيده من الخمسين ثلاثين مع الخمسين ثمن الثمرة فيكون بيده ثمانون، ويرد العشرين الفاضلة فيكون لكل واحد منهما عشرة مع الخمسين الأولى، فيكون بيد كل واحد ستون.

وهذا معنى قوله: (**وَإِلاَّ قُدِّرَ مُحَاصًّا لِلْغُرَمَاءِ بِمَا بَقِيَ، فَمَا زَادَ رَدَّهُ عَلَيْهِمْ**) وهذا الذي ذكره المصنف في كيفية العمل هو قول ابن القاسم، وخالف في هذه الكيفية يحيى بن عمر، ووافق على المعنى، فقال: بل ينظر، فإن كان بيد كل غريم نصف حقه أو ثلثه؛ فليحبس هذا مما بيده قدر نصف أو ثلث ما نقص من ثمن الزرع عن دينه؛ لأنه به كان يجب الحصاص ويرد ما بقي، فيتحاصص هو وهم بقدر ما بقي لكل واحد.فعلى قوله: يسقط من يد المرتَهِن خمسون ثمن الزرع، يبقى له من دينه خمسون، وقد كان أخذ كل

واحد من الغريمين اللذين لا رهن بيدهما خمسين نصف دينه؛ فيأخذ هذا من الخمسين خمسة وعشرين، فتبقى خمسة وعشرون ويتحاصَّان هما والمرتَهِن فيما بقي، وقد علمت أن الباقي للمرتهن خمسة وعشرون، ولكل واحد منهما خمسون؛ فمجموع ذلك مائة وخمسة وعشرون، ونسبة الخمسة والعشرين المردودة من يد المرتهن إليها خمس، فيأخذ كل واحد خمس دينه، فيأخذ المرتهن منها خمسة يضيفها إلى الخمسين ثمن الزرع، وإلى الخمسة والعشرين التي وجبت له بالحصاص؛ فذلك كله ثمانون، ويحصل لكل من الغريمين الباقيين عشرة مضافة إلى الخمسين الحاصلة له أولاً؛ فذلك ستون.

ولعل المصنف لما رأى أن هذا الخلاف لا يجري معنى تركه لذلك، ولما كان قول ابن القاسم أخصر في العمل اقتصر عليه، والله أعلم.

وَيَصِحُّ رَهْنُ الْمُسَاقَى والْمُشَاعِ والْمُسْتَأْجَرِ لِلْمُسْتَأْجِرِ وغَيْرِهِ

يعني: إذا دفع رجل حائطاً مساقاة لرجل، فإنه يجوز أن يرهن ذلك الحائط، وكذلك يصح رهن المشاع خلافاً للحنفية، وحكاه ابن عبد السلام رواية في المذهب، وذكر المازري عن أبي الطيب عبد المنعم أنه خرج قولاً كمذهب الحنفية من قول من قال من أصحابنا: إن هبة المُشَاع لا تصح.

المازري: وهذا النقل الذي نقله والتخريج الذي خَرَّجَهُ لم أسمعه من أحد من أشياخي.

وقوله: (**وَالْمُسْتَأْجَرِ**) أي: ويصح رهن الشيء المستأجر لمن هو في إجارته وغيره، وقد اتضح لك أن (**الْمُسَاقَى**) اسم مفعول، والمستأجَر الأول كذلك، بخلاف المستأجِر الثاني فإنه اسم فاعل.

فرع مرتَّب:

إذا صح رهن المساقى فإما أن يرهن الحائط للعامل فيه أو لا؛ فإن رهن للعامل فسيتكلم المصنف على حيازته، وإن رهن لغيره؛ ففي المَوَّازِيَّة: يجعل المرتهن مع المساقى

رجلاً، أو يجعلانه على يد رجل يرضيان به. وقال مالك: لا يصح الرهن إذا كان المساقى أو أجير له في الحائط، وإنما يصح إذا جعلاه بيد غير من في الحائط، وبه يصح حوز المستأجر كما قاله ابن القاسم في الدمياطية فيمن ارتهن بعيراً وهو في الكراء: إن كان المرتهن يعرفه ويقوم به فهو حوز.

وَيَجُوزُ رَهْنُ الأُمِّ دُونَ وَلَدِهَا، وَرَهْنُ الْوَلَدِ دُوْنَ أُمِّهِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَتَكُونُ مَعَهُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ.....

تصوره ظاهر. وقوله: (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) ظاهره عوده على المسألتين؛ أي: رهنها دون ولدها والعكس، وظاهره أيضا أن مقابل المشهور المنع، وعلى هذا مشاه ابن عبد السلام، ووجه المشهور: بأنه لا مانع له. ووجه الشاذ: بأن ذلك يؤدي إلى التفرقة عند الحاجة إلى بيع الرهن.

وفيه نظر؛ لأنا نحكم ببيع المرهون منهما مع الآخر ويكون المرتهن أحق بالرهن فقط، ويحتمل أن يعود على الثانية وهو رهن الولد؛ لأنه في الجواهر إنما حكى الخلاف فيها، ولأني لم أقف في الأولى على القول بالمنع، وإنما حكى ابن رشد فيها الجواز والكراهة، وفي المَوَّازِيَّة: ويجوز رهن الأم دون ولدها، وقد ذكر بعض أصحابنا أن المذهب في هذا على قولين تعلقاً بما في المستخرجة، فقال: اتفق على منع التفرقة بالبيع، واختلف في ذلك في الرهن، ففي المستخرجة عن مالك كراهة ذلك.

يحيى بن عمر: فسألت ابن وهب عن ذلك، فقال: لا بأس به. وعندي أن هذا الخلاف إن ثبت فإنما يحسن إذا لم تفرق بين الولد وبين أمه تفرقة يلحقه الضرر الشديد منها، ويلحقها من تعلق نفسها به إذا حيل بينها وبينه. انتهى.

والظاهر من جهة المعنى: أنه لا فرق بين رهن الولد دون أمه وبين العكس، وكلام المصنف مقيد بقيدين:

أولهما: أن يكونا في ملك واحد، فإن كانا في ملكين؛ فلا شك في جواز رهن كل منهما دون الآخر.

ثانيهما: ألا يبلغ الولد حد التفرقة. وفي البيان: رهن العبد الصغير دون أمه على ثلاثة أوجه: إن رهنه بشرط أن يحوزه دون أمه؛ فهو رهن فاسد لا يجوز ويفسخ.

وإن رهنه على أنه يحوزه مع أمه فهو رهن، [٥١٠/ أ] واختلف هل يكره ذلك ابتداءً وهو قول مالك، أولا يكره وهو قول ابن وهب، وهو الأظهر؛ لأنه لم يفرق بينهما في ملك ولا في حوز، وكرهه مالك لوجهين ضعيفين: **أحدهما**: أنه رأى المرتهن كأنه ملكه لما كان أحق به. **والثاني**: لما كان لا يباع مفرداً صار في معنى جمع الرجلين سلعتيهما في البيع.

والوجه الثالث: إن رهنه دون شرط فيجبر على أن يحوز أمه معه. وهو قول ابن القاسم في سماع أبي زيد، ويتخرج على معنى ما في المدونة من كتاب التجارة إلى أرض الحرب إذا أبى الراهن أن يحوز الأم وأبى المرتهن إلا أن يحوز رهنه؛ أن يباعا جميعاً من رجل واحد، فيكون للمرتهن ما ناب الرهن من الثمن رهناً، وهذا كله إذا كان معها في البلد، وأما إن رهن الصبي ببلد وأراد أن يخرج بأمه إلى بلد آخر، فقال مالك: لا خير فيه؛ إذ لا كلام في أنه لا يجوز أن يفرق بين الوالدة وولدها في الحوز وإن جمعهما الملك.

وَمَا لا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ إِنْ لَمْ يُطْبَعْ عَلَيْهِ أَوْ يَكُنْ عِنْدَ أَمِينٍ امْتَنَعَ مُطْلَقاً، وقَالَ أَشْهَبُ: إِنْ كَانَ نَقْداً؛ لِقُوَّةِ التُّهْمَةِ....

يعني: أن الرهن إن كان مما يعرف بعينه كالحيوان والثياب والكتب، قال في المدونة والحلي: جاز أن يوضع تحت يد المرتهن وغيره، وإن كان مما لا يعرف بعينه؛ فالمشهور أنه ممتنع إلا أن يطبع عليه أو يوضع تحت يد أمين.

المازري: وإنما امتنع إذا لم يطبع عليه، أولم يوضع تحت يد أمين حماية للذريعة أن يكون الراهن والمرتهن قصدا إلى أن يقبض على جهة السلف، وسميا ذلك القبض رهناً، واشتراط السلف في المداينة والمبايعة ممنوع، والتطوع به كهبة المديان.

وقوله: (**مُطْلَقاً**) أي: كان نقداً أو طعاماً مكيلاً أو موزوناً. وقال أشهب: إنما يمنع في النقد. وهكذا نقل المازري، ولفظه بعد أن ذكر أنه يمتنع رهن الدنانير والدراهم: إلا أن يطبع عليها، وإن كان مما لا يعرف بعينه ليس من الأثمان التي هي الدنانير والدراهم والفلوس؛ كالمكيل والموزون، فإن في ذلك قولين، المشهور منهما إلحاق ذلك بالدنانير والدراهم. وأجاز أشهب ذلك؛ لأن الصرف في الدنانير والدراهم ممن وضع يده عليها مستخف، ويبعد استخفاف ذلك في المكيل والموزون بغير إذن مالكها، وظاهره وظاهر كلام المصنف أن أشهب يوافق على المنع في الدراهم والدنانير، والذي نقل عنه الباجي وابن يونس وابن شاس -واللفظ لهم جمعياً- أنه قال: لا أحب ارتهان الدنانير والدراهم والفلوس إلا مطبوعاً عليها؛ للتهمة في سلفها، فإن لم يطبع عليها لم يفسد الرهن ولا البيع، ويستقبل طبعها إن عثر على ذلك. وظاهر هذا أن الطبع عنده في النقد مستحب. وقول ابن عبد السلام: أن نقل المصنف قول أشهب قريب من نقل لفظ الباجي عنه بعيد من كلام ابن يونس ليس بظاهر؛ لأن لفظهما سواء.

وَيَجُوزُ رَهْنُ الْمُدَبَّرِ، ويُسْتَوْفَى مِنْ خَرَاجِهِ أَو مِنْ ثَمَنِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ مُفْلِساً

المدبر لا يباع، فلذلك لا يستوفى من خدمته، فإذا مات سيده مفلساً بيع وقضى المرتهن من ثمنه.

فالضمير في: (**خَرَاجِهِ**) و(**ثَمَنِهِ**) عائد على (**الْمُدَبَّرِ**). والضمير في: (**مَوْتِهِ**) عائد على السيد.

وقوله: (**مُفْلِساً**) حال من المضاف إليه؛ لأن المضاف وهو (الموت) مصدر، وهو مسألة اختلاف في العربية.

اللخمي: ورهن منافع المدبر ورقبته مفترق؛ فإن رهن خدمته مدة معلومة يجوز بيعها ليؤاجر المرتهن تلك المدة؛ جاز في عقد البيع وبعده. وإن رهن جميع خدمته جاز بعد العقد. ويختلف إذا كان في العقد، وإن رهن رقبته على أنه إن مات الراهن ولا مال له بيع المدبر وكان في أصل العقد؛ جرى على الخلاف في رهن الغرر؛ لأنه لا يباع له الآن، ولا يدرى متى يموت السيد. انتهى. وهذه الصورة الثالثة هي التي ذكرها المصنف.

اللخمي والمازري: وأما إن رهن رقبته ليباع له الآن فلا يجوز. واختلف هل يعود الرهن في الخدمة وتباع له وقتاً بعد وقت حسبما يجوز من بيعها؛ كمن ارتهن داراً فثبت أنها محبسة على من رهنها، فقيل: لا يعود حقه إلى المنفعة، لأنه إنما رهنه الرقبة. وقيل: الرهن يتعلق بمنفعتها وكرائها، لأن المنفعة كجزء منها يجوز بيعه ورهنه، فلا يبطل هذا الجزء ببطلان ما أخذ منه.

وَيَجُوزُ رَهْنُ الْمُكَاتَبِ، وَيُسْتَوْفَى مِنْ كِتَابَتِهِ أَو مِنْ ثَمَنِهِ إِنْ عَجَزَ

يعني: ويجوز رهن المكاتب ويستوفي المرتهن من كتابته، فإن عجز استوفى من ثمنه، وانظر هل يجري على رهن الغرر بهذا المعنى أم لا؛ لأن بيع الكتابة جائز مع أن هذا الغرر حاصل في البيع، وكل ما جاز في البيع جاز في الرهن من غير عكس، وهذا هو الظاهر.

قال أبو عمران الشَّوْشَاوِي: الرُّهُنُ كلها على خمسة أقسام:

- ما يجوز ملكه وبيعه في الحال والمآل؛ فلا إشكال في جواز رهنه.
- وما لا يجوز ملكه وبيعه؛ فلا إشكال في منع رهنه كالخمر والمسمومات.

- وما يجوز ملكه ولا يجوز بيعه كأم الولد؛ لا ترهن قولاً واحداً؛ إذ فائدة الرهن بيعه عند العجز عن الوفاء.

- وما يجوز ملكه ولا يجوز بيعه في الحال ويجوز في ثاني حال؛ كالمكاتب يجري على الخلاف في رهن الغرر، وهي على وجهين: إما مشترط في أصل العقد أو بعده، فإن كان بعد العقد جاز؛ لأن العقد صحيح، وأما إن كان في أصل العقد؛ إما من بيع، أو من قرض. فمن قرض لا يجوز؛ لأن المعروف يقبل الغرر. ومن بيع يختلف؛ لأنه قال في الثمار والزرع قبل بدو الصلاح: يجوز، وقال في الجنين: لا يجوز.

- **الخامس**: ما يجوز ملكه واختلف [٥١٠/ ب] في بيعه؛ كجلود الميتة بعد الدباغ، وجلود السباع قبل الدباغ. وكلاب الماشية والزرع والصيد هل يجوز رهنها أم لا؟ انتهى. والله أعلم.

وَيَجُوزُ رَهْنُ الْمُسْتَعَارِ لِلرَّاهِنِ، وَيَرْجِعُ صَاحِبُهُ بِقِيمَتِهِ. وَقَالَ أَشْهَبُ: بِمَا أَدَّى مِنْ ثَمَنِهِ وَيَأْخُذُ الْفَضْلَ....

يعني: ليس من شرط الرهن أن يكون مملوكاً للراهن، بل يجوز له أن يرهن ما استعار، فإن أدى الراهن ما عليه من الدين رجع المستعار إلى معيره، وإن فلس الراهن بيع الرهن وقبض المرتهن ثمنه.

واختلف بماذا يرجع المعير على المستعير، فاختصر أبو محمد المدونة على أنه يرجع بقيمته، وكذلك روى المدونة يحيى بن عمر وغيره، واختصرها البراذعي على أن المعير يرجع على المستعير بما أدى من ثمنها عنه، وكذا وقع في بعض روايات يحيى، وهذه أصوب من الأولى، وقاله أشهب؛ أي: لأنه بإعارته كمسلف ثمنه؛ لأنه لذلك أعاره كما قالوا في الضامن يتوجه عليه غرم سلعته بسبب ضمانه: أنه يرجع بثمنها لا بقيمتها؛ لأن

كفالته بهذه السلعة تستلزم تسلف الثمن إن احتيج إليه، ولسحنون ثالث؛ لأنه قال: إن شاء ضمنه بقيمته يوم رهنه؛ ففهم منه التخيير.

وقول المصنف: (**وَيَأْخُذُ الْفَضْلَ**) هو من تتمة قول أشهب، وذلك أنا إذا قلنا: يرجع عليه بقيمة السلعة ويقدر أن المعير أسلف السلعة للمستعير؛ فالسلعة مبيعة على ملك المستعير، فإن بيعت بزيادة على الدين لا يختص بها المعير. وعلى قول أشهب يختص المعير بالزيادة؛ لأنه عده مسلفاً لمقدار دينه من ثمن السلعة، والزيادة على ذلك لم يلتزم فيها سلفاً فتبقى على ملك المعير، ولهذا قال أشهب: ولو فضلت بعد الدين فضلة بعد قضاء السلطان بالبيع والوفاء فوقفها فضاعت؛ فذلك من ربها، وليس على المستعير إلا ما قضى عنه، وكان ينبغي على قاعدة أشهب أن يضمن قيمته؛ إذ الضمان عنده ضمان أصالة، فقد تعلقت القيمة بذمة المستعير يوم قبض العارية بخلاف ما قاله هنا؛ لأنه يضمن ما أدى من الثمن.

وَإِنْ هَلَكَ اتَّبَعَ الْمُعِيرُ الْمُسْتَعِيرَ، واتَّبَعَ الْمُسْتَعِيرُ الْمُرْتَهِنَ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا لا يُغَابُ عَلَيْهِ فَلا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا.

يعني: إذا هلكت السلعة عند المرتهن فإن كانت مما يغاب عليه توجه الغرم على المستعير والمرتهن، كما كان في كل عارية ورهن؛ فيتبع المعير المستعير بقيمتها يوم قبض العارية.

ابن عبد السلام: ويتبع المستعير -وهو الراهن- المرتهن بقيمتها يوم القبض، أو يوم الهلاك، أو يوم الرهن كما سيأتي.

وفي البيان عن أشهب: أن المستعير يغرم للمعير قيمته يوم طلبه بها. قال: وفيه نظر. وإذا اتبع المستعير المرتهن فإنه يقاصه، ومن فضلت له فضلة أخذها، وإن كانت السلعة مما يغاب عليه؛ فلا ضمان على واحد منهما كما في سائر العواري والرهان.

وَلَو رَهَنَهُ فِي غَيْرِ مَا أَذِنَ ضَمِنَهُ، وقَالَ أَشْهَبُ: يَكُونُ رَهْناً فِيمَا أَذِنَ فِيهِ

يعني: إذا أذن له أن يرهنه في شيء فرهنه في غيره. وفرضها في المدونة فيمن أَعَرْتَهُ سلعة ليرهنها في دراهم مسماة فرهنها في طعام، فقال: أراه ضامناً لمخالفته، وذلك تَعدٍّ، ونقلها أبو محمد: ومن أعرته عبداً ليرهنه في دراهم فرهنه في طعام فهو ضامن؛ لتعديه. قال، وقال أشهب: لا ضمان عليه في العبد، ويكون رهناً في عدد الدراهم التي رضي بها السيد. وجعل المصنف قول أشهب مخالفاً تبعاً لابن أبي زيد وغيره، وجعل ابن يونس القولين متفقين، فحمل قول ابن القاسم على ما إذا أقر المستعير للمعير بذلك، وخالفهم المرتهن ولم يشأ المعير أن يحلف، فلذلك لم يقبل اتفاق المستعير والمعير على المرتهن حتى يحلف المعير على ما ادعاه.

ابن يونس: وإذا حلف كان رهنه رهناً فيما أقر به في الدراهم، فإذا لم يحلف كان له تضمين المستعير بالتعدي.

وحمل قول أشهب على ما إذا حلف أو أقر له المرتهن بذلك، قال: فيتفق القولان.

وَالْغَلَّةُ لِلرَّاهِنِ

أي: أن غلة الرهن للراهن؛ لأنه على ملكه. ويسلم للراهن الغلة على المشهور، وفي المبسوط لمالك: من استرهن داراً أو عبداً قبضه أولم يقبضه؛ فإن إجارة العبد والدار تجمع لا تصل إلى الراهن ولا إلى المرتهن حتى يفتك الرهن فيكون تبعاً للرهن، فإن كان في الدار كفاف الحق؛ كانت الإجارة للراهن. قال في البيان: وهذه الرواية شاذة ولا تعرف في المذهب.

ودليل الأول: ما رواه مالك مرسلاً وغيره مسنداً أنه صلى الله عليه وسلم قال: «**لا يغلق الرهن، الرهن لمن رهنه، له غنمه وعليه غرمه**».

وَإِذَا اشْتَرَطَ الْمُرْتَهِنُ مَنْفَعَةَ الرَّهْنِ مُدَّةً مُعَيَّنَةً؛ جَازَ فِي الْبَيْعِ دُونَ الْقَرْضِ لأَنَّهُ إِجَارَةٌ....

لما ذكر أن الغلة للراهن ذكر أنه يجوز للمرتهن أن يشترط منفعة المرهون مدة معينة بشرط أن يكون ذلك في بيع، فلو كان في قرض لم يجز.

واحترز بـ(الْمُدَّةِ الْمُعَيَّنَةِ) من غيرها، فيمتنع للجهالة.

وقوله: (**لأَنَّهُ إِجَارَةٌ**) يحتمل أن يكون تعليلاً لجواز الاشتراط في البيع، أو لمنفعة في القرض.

أما بيان الأول؛ فلأن استثناء المنفعة مدة معينة يرجع إلى الإجارة فصار بائعاً لسلعته بثمن سماه، وبعمل الدابة مثلاً فلذلك جاز، لأن المشهور جواز اجتماع البيع والإجارة.

وأما بيان الثاني؛ فلأنه إذا كان إجارة، [١١٥/ أ] يلزم السلف بزيادة الإجارة.

والأقرب إلى لفظه الأول، ولأنه كذلك في الجواهر وغيرها.

وظاهر كلام المصنف: أنه لا فرق بين الحيوان وغيره، وهو اختيار ابن القاسم. وفي المدونة قال مالك -رحمه الله-: وإذا اشترط المرتهن منفعة الرهن؛ فإن كان الدين من قرض لم يجز، لأنه سلف جر منفعة، وإن كان من بيع وشرط منفعة الرهن زماناً مسمًى فلا بأس به في الدور والأرضين، وكرهه مالك في الثياب والحيوان؛ إذ لا يدري كيف ترجع إليه. وقال ابن القاسم: لا بأس به في الحيوان والثياب وغيرها؛ لأن ذلك إجارة. وعن مالك أيضاً كقول ابن القاسم، وبه قال أشهب وأصبغ.

التونسي: ويأتي على قول مالك في هذه المسألة، أنه لا يجوز رهن الغرر في أصل البيع، خلاف ظاهر الرويات في المدونة وغيرها. قال في البيان: وكره مالك ذلك ولم يقل ما الحكم فيه إذا وقع، ويتخرج في ذلك أربعة أقوال:

الأول: أنه يفسد البيع والرهن فلا يكون أحق به من الغرماء.

والثاني: فساد البيع وصحة الرهن فيكون رهناً بالأقل من الثمن أو القيمة.

والثالث: أنه لا يفسد البيع ولا يبطل الرهن، إنما يكره ذلك ابتداءً، قال: وهو ظاهر المدونة.

والرابع: أنه يصح البيع ويبطل الرهن، فلا يكون أحق به من الغرماء.

القابسي: إنما يكره ذلك في الثياب؛ لأنها تضمن في الرهن ولا تضمن في الإجارة، فكره اجتماعهما للشك في الحكم إذا أتلفها، قال: وأما الحيوان فقد اختلف قول مالك في وجوب ضمانه على المرتهن.

وقوله في هذه المسألة يدل على قوله: إن المرتهن ضامن للحيوان. ورده في البيان بأن هذا لا يصح؛ لأن مالكاً قد بين أنه إنما يكره ذلك؛ لأنه لا يدري كيف ترجع إليه الدابة والثوب. وانظر قوله في المدونة: كرهه مالك في الثياب هل أراد التحريم، أو الكراهة على بابها؟ والذي نقل اللخمي عنه المنع.

فروع:

الأول: اختلف المتأخرون إذا ضاع الرهن المشترط منفعته وهو مما يغاب عليه؛ فقيل: يضمنه لأنه رهن. وقيل: لا يضمنه كسائر المستأجرات. وقال التونسي: ينظر إلى القدر الذي يذهب منه في الإجارة، فإن كان الثوب مثلاً ينقص باستعماله المدة المشترطة الربع، فيكون ربعه غير مضمون؛ لأنه مستأجر، وثلاثة أرباعه مضمون؛ لأنه مرتهن إن لم تقم بينة. واعترضه صاحب البيان بأنه إنما ارتهن جميعه، فإما أن يحكم له بحكم الرهن أو الإجارة، ولم يرهن بعضه ويسقط بعضه حتى يسقط عليهما، قال: والصواب أنه يغلب عليه حكم الرهن.

الثاني: الكلام المتقدم إنما هو إذا اشترط المنفعة في عقد البيع، وأما إن أباح له الانتفاع بعد؛ فلا يجوز في بيع ولا قرض؛ لأنه إن كان بغير عوض هدية مديان، كذا نص ابن راشد وغيره على المنع. وإن كان بعوض جرى على الكلام في مبايعة المديان، قاله اللخمي.

الثالث: إذا شرط أن يأخذ الغلة من دينه؛ جاز في القرض ولا يجوز في عقد البيع، وأما بعد عقد البيع فجائز؛ إذ لا يدري أي مقدار يكثر، نص على ذلك في حريم البئر.

الرابع: حيث أجزنا اشتراط المنفعة فإنما نجيزه فيما يصح كراؤه، فلا يجوز اشتراط منفعة الأشجار؛ إذ لا يجوز كراؤها لأخذ ثمارها، إلا أن تكون ثمرتها قد طابت فيجوز اشتراطها في ذلك العام فقط.

الخامس: إذا رهنه وأذن له في الكراء وأن يقبضه من دينه ففرط في كراء ذلك حتى حل أجل الدين؛ فإن كان رب الرهن حاضراً وقد علم أنه لم يكرها ولم ينكر؛ فلا شيء على المرتهن، وإلا ففي تغريمه كراء المثل قولان لابن الماجشون وأصبغ.

فضل: وقول ابن الماجشون بالتغريم هو أصل ابن القاسم، هكذا حكى ابن راشد. وقال الباجي: إذا ترك المرتهن كراء الدار حتى حل الأجل؛ فإن كانت من الدور التي لها قدر كدور مكة ودور مصر، أو كان العبد نبيلاً؛ ارتفع ثمنه لخراجه فلم يكره فهو ضامن لأجر مثله، وإن لم يكن كبير كراء، ومثله يكري أولا يكري لم يضمن، قاله ابن حبيب عن ابن الماجشون. وقال أصبغ: لا يضمن في الوجهين، وكذلك الوكيل على الأكرياء يترك ذلك فلا يضمن.

وَرَهْنُ فَضْلَةِ الرَّهْنِ بِرِضَا الأَوَّلِ جَائِزٌ، وَحَوْزُهُ حَوْزٌ لَهُ. وَقَالَ أَصْبَغُ: لا يُعْتَبَرُ رِضَاهُ إِذَا عَلِمَ لِيَحْصُلَ الْحَوْزُ....

يعني: إذا رهنت رهناً في دين وكانت قيمته أكثر من الدين؛ جاز لك أن ترهن الفضلة، ثم إن رهنتها من المرتهن الأول فلا إشكال، ولذلك لم يتعرض له المصنف، وإن

كان لغيره فيشترط علم الأول، وهل يشترط رضاه بذلك؟ اشترطه في المدونة. قال في البيان: وهو المشهور. ولم يشترطه أصبغ. قال: إذ لا مضرة على الأول؛ لأنه مبدًّى قبل غيره. واختار ابن حبيب الأول؛ لأنه إنما اشترط علمه ليكون حائزاً للثاني، وكيف يكون حائزاً للثاني وهو لم يرض بذلك. ولمالك في الموَّازيَّة قول ثالث: أنه لا يجوز رهن فضلة الرهن لثانٍ إذا كان الرهن بيد المرتهن الأول، إلا أن يخرج الرهن من يد الأول؛ لأنه إنما يقبضها لنفسه. وحكى في البيان رابعاً: وهو أن الفضلة تكون رهناً ولو لم يعلم الأول، وهو قول ابن القاسم في المبسوط، وقول أشهب في الواضحة. ونقل المصنف قول أصبغ فيما إذا كان الرهن بيد المرتهن الأول، وكذا نقله صاحب [٥١١/ ب] البيان، ولم ينقله اللخمي وابن يونس إلا فيما إذا كان الرهن بيد عدل، ولذلك احتاج اللخمي أن يُخَرِّجَ قولاً بعدم اشتراط رضا المرتهن الأول إذا علم وكان الرهن تحت يده؛ مما قال مالك في المخْدِمِ يهب صاحبه رقبته لغير المخْدَم: أنه يجوز وإن لم يرض المخْدَم ولم يعلم.

تنبيه:

إنما يشترط رضا الأول إذا كان الرهن على يده. قال في البيان: وأما إن كان الرهن موضوعاً على يد عدل؛ فالاعتبار في ذلك إنما هو بعلمه دون علم المرتهن.

فرع:

إذا كان الرهن بيد المرتهن وهو مما يغاب عليه ورهن فضلته من غيره ثم هلك الرهن؛ ففي المدونة يضمن المرتهن مبلغ دينه وهو في الباقي أمين، ويرجع المرتهن الثاني بدينه -لأنه فضلة الرهن- على يد عدل. وقال أشهب في الموَّازيَّة: ضمانه كله من الأول، قال: ولو كان بيد الثاني لم يكن عليه ضمان؛ لأنه رهن للأول، وإنما لهذا الفضلة لو كانت.

اللخمي: وعلى أصل ابن القاسم يضمن الثاني الفضل.

ابن يونس: وإنما يصح ألا يضمن الأول إلا مبلغ دينه على قوله في المدونة: إذا كان أحضر الثوب وقت ارتهان الثاني فضلته أو علم بالبينة أنه قائم عنده، وإلا كان ضمان الجميع منه؛ إذ قد يكون تلف الثوب قبل ذلك، ووجب عليه ضمانه. وقاله بعض أصحابنا.

فَإِنْ كَانَ بِرِضَاهُ وَسَبَقَ أَجَلُ الثَّانِي قُسِمَ إِنْ أَمْكَنَ، وَإِلاَّ بِيعَ وَقُضِيَا

فَرَّعَ على القول باشتراط الرضى لأنه المشهور؛ أي: فإن كان ارتهان الثاني برضا الأول وسبق أجل دين الثاني (**قُسِمَ**) أي: الرهن إن أمكن، وإن لم يمكن قسمه (**بِيعَ**) أي: الرهن (**وَقُضِيَا**) أي: المرتهن الأول والثاني؛ لأن الثاني إنما له الفضلة عن دين الأول، ولا إشكال إذا كان أجل الثاني مساوياً أو أبعد، ولذلك لم يتعرض المصنف له.

وقوله: (**بِيعَ**) أي: إذا كان فيه فضل.

ابن القاسم في العتبية: وإن لم تكن فيه فضلة لم تبع حتى يحل الأول. ولمالك من رواية أشهب في العتبية والموَّازيَّة فيمن رهن رهناً في دين إلى ستة أشهر ثم ابتاع سلعة من رجل آخر بثمن إلى ستة أشهر ورهنه فضلة الأول على أن الأول مبدًّى عليه فحل أجل الآخر، فقال مالك: أَعَلِمَ الآخرُ أن دين الأول إلى ستة أشهر؟ قيل: لا، قال: أرى أن يباع الرهن فيجعل للأول حقه كله قبل محله ويعطى الثاني من دينه ما فضل.

ابن المواز: وقاله أشهب. وقال: هذا إذا بيع بعين أو بما يقضى بمثله وحق الأول مثله، وأما إن بيع بعرض؛ فإن كان مثل الذي عليه، أو بيع بدنانير وله عليه دارهم، أو بيع بطعام مخالف لما عليه؛ فإنه يوضع له رهن إلى حلول حقه. وقال سحنون في المجموعة: سواء علم الأول أن حق الثاني يحل قبله أو لم يعلم، فإنه إن بيع بمثل دينه فليعجل له. وقال في موضع آخر: إلا أن يكون حقه من طعام فيأبى أن يعجله فذلك له.

التونسي: وقول مالك: "أَعَلِمَ" يحتمل لو علم لم يجز البيع؛ لأنه باع من الثاني على أن يعجل للأول حقه فيصير بيعاً وسلفاً؛ لأنه لما رهنه فضلة الرهن والأول إلى ستة أشهر، لم يقدر على بيع الرهن إلا أن يتعجل دين الأول.

واستشكل قول أشهب هذا إذا بيع بعين أو بما يقضى بمثله، فإن ظاهره أن الدين الأول كان من بيع ولم يكن من قرض، ألا ترى إلى قوله بعد هذا: **(فَإِنْ بِيعَ بِعَرْضٍ)** فهذا دليل على أن ذلك الدين مما يقضى بمثله وكان دينه من بيع، وأنه جعل له تعجيله، وهذا قول غير معروف. ثم قال: وفي بيع الرهن بالطعام والعروض اعتراض، وكيف يصح أن يباع بعروض أو طعام، ويجب أن ينقض إذا بيع بخلاف العين. فقال: فهذه مسألة جرت كلها على أمر مشكل.

وَلَوْ رَهَنَهُ رَهْناً فِي قَرْضٍ جَدِيدٍ مَعَ الْقَدِيمِ فَسَدَ وَلَمْ يَكُنْ رَهْناً إِلا فِي الْجَدِيدِ

مثاله: لو أسلف أولاً مائة بلا رهن ثم أسلف مائة أخرى وأعطاه بها وبالأخرى رهناً، وفي معناه أن تكون المائة الأولى من بيع.

وقوله: **(الْقَدِيمِ)** ظاهره القرض القديم؛ فلا يصدق إلا على الصورة الأولى، ويحتمل الدين القديم فيعم.

قوله: **(فَسَدَ)** أي: الرهن في الدين القديم، هذا ظاهر لفظه، ويحتمل فساد القرض وهو الذي يؤخذ من الجواهر، ومقتضى كلامه في الجواهر: أنه لو اطلعنا على ذلك قبل قيام الغرماء لرددنا الرهن. ولا يؤخذ ذلك من كلام المصنف.

وقوله: **(وَلَمْ يَكُنْ رَهْناً إِلا فِي الْجَدِيدِ)** هو مذهب المدونة، وحكى ابن المواز قولاً آخر: أنه يبطل نصف الرهن ويبقى نصفه رهناً بالمائة الأخرى، ووجه ابن المواز الأول: بأنه بمنزلة رهن سلعتين فاستحقت إحداهما، فإن الثانية رهن بالجميع، وكالمرأة تأخذ

رهناً بالصداق ثم تطلق قبل البناء؛ فجميعه رهن بنصفه. وظاهر كلامه: أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الأول رهناً أو لا، وهو مذهب المدونة. ونقل اللخمي عن مالك أنه قال: لا خير فيه. وقيد محمد ما أجازه مالك بها إذا كان فيه وفاء، وأما إذا لم يكن فيه وفاء؛ فلا يجوز. وألحق بعضهم بذلك إذا كان الأول يفسد بيعه، أو لم يكن مأموناً في عدم الجواز.

اللخمي: والأول أحسن؛ لأن الطالب لا يزيد قرضاً ليزيده رهناً إلا لأمر يتخوفه. وقيد [٥١٢/ أ] ابن المواز المدونة: بأن يكون الأول مؤجلاً، قال: وأما إن كان الأول حالاً؛ فذلك جائز، إلا أن يكون الأول عديماً.

ابن المواز: ويجوز عندي وإن كان عديماً إذا كان الرهن له ما لم يكن عليه دين أحاط به؛ لأنه إذا كان الأول حالاً فالتأخير به كسلف ثانٍ، فيصير تأخيره الأول وإنشاء الثاني كسلف واحد نشأ الآن، إلا أن يكون عديماً؛ أي: لأنه حينئذ لا يتمكن رب الدين من قبض فلا يكون تأخيره حينئذٍ كابتداء سلف؛ لأن الحكم يوجب تأخيره، فإن كان الرهن له فهو كالملي، وإن كان عليه دين أحاط به؛ فإنه حينئذٍ يخشى قيام الغرماء عليه فيحاصونه، فإذا رهنه ذلك اختص هو بدينه فجعلت له المنفعة بسبب السلف.

وَلا تَنْدَرِجُ الثِّمَارُ مَوْجُودَةً أَوْ مَعْدُومَةً إِلا بِالشَّرْطِ

يعني: إذا رهنه الراهن وأطلق؛ فإن ثمرته لا تدخل في الرهن، سواء كانت موجودة حين الرهن أم لا، وهذا هو المشهور، وعن مالك أنها لم تدخل، فإن اشترطت دخلت اتفاقاً إذا كان الدين من بيع، وكذلك القرض على المشهور. وروى ابن نافع: أنه لا يجوز اشتراط اندراجها فيه.

واختلف المتأخرون هل تدخل الثمرة إذا تناهت ويبست قياساً على ما قاله ابن القاسم في الصوف المستجز وإليه ذهب بعض القرويين، أولا تدخل؟ والفرق بينهما: أن

الثمرة تترك لتزداد طيباً فهي غلة لم يرهنها، والصوف لا فائدة في بقائه فكان سكوته عنه دليلاً على إدخاله في الرهن. ونص ابن القاسم على أن الثمرة لا تدخل وإن أزهت، وإن ارتهن نحلاً فالعسل للراهن مثل الثمرة.

أبو محمد: يريد ولا يكون رهناً.

وَكَذَلِكَ مَالُ الْعَبْدِ وَخَرَاجُهُ

أي: فلا يدخل ماله إلا بشرط، وحكى في الاستذكار أن ذلك لا يدخل في الرهن عند الجميع. وقال في المقدمات: وروي عن مالك أن الغلة سواء كانت متولدة عنه كثمرة النخلة ولبن الغنم وصوفها، أو غير متولدة عنه ككراء الدور وخراج العبد؛ داخلة في الرهن. قال مالك في العتبية والمجموعة: ويجوز رهن ماله مفرداً، معلوماً كان أو مجهولاً؛ أي: لأن رهن الغرر جائز.

قال في المدونة: ولا يكون ما وهب للعبد رهناً.

أشهب في المجموعة: ولو كان ماله مشترطاً، بخلاف ما ربح في ماله المشترط؛ فإنه رهن كالأصل، كما أن من أوصى بوصايا فلا تدخل فيما لم يعلم من ماله، وتدخل فيما علم به، وفي أرباح ما علم.

ابن يونس: يريد ربح فيه قبل موته أو بعده.

وقال بعضهم: الأشبه في المستثنى ماله أن يكون ما وهب له يدخل في الرهن كالمبيع بخيار يشترط المشتري ماله.

مالك: وأرش جراح العبد للمرتهن.

وَتَنْدَرِجُ الأَجِنَّةُ

قال في الجلاب: وكذلك فراخ النخل والشجر.

مالك في الموَّازيَّة: ولو اشترط أن الأمة رهن دون ما تلده لم يجز.

ابن شعبان: ومن ارتهن عبداً فولد العبد من أمته رُهِنَ مع أبيه دون أمه، وكذلك تندرج الزيادة غير المتميزة؛ كسمن الدابة والجارية، وكبر الصغير بالإجماع، وعلى هذا فتندرج الزيادة إن لم تتميز وأشبهت الأصل كالولد، ولا تندرج إن لم تكن كذلك.

وَفِي الصُّوفِ الْمُسْتَجَزِّ قَوْلانِ

يعني: أن الصوف إن لم يتم يوم عقد الرهن فهو للراهن كاللبن وغيره من الغلات، وإن كان تاماً، وهو مراده بـ(**الْمُسْتَجَزِّ**) فقال ابن القاسم في المدونة: تدخل كالبيع. وقال أشهب: لا تدخل؛ لأن الصوف التام غلة لا يرده المشتري في الرد بالعيب.

وَشَرْطُ الْمَرْهُونِ بِهِ: أَنْ يَكُونَ دَيْناً فِي الذِّمَّةِ لازِماً أَوْ صَائِراً إِلَى اللُّزُومِ ويُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الرَّهْنِ....

يعني: شرط المرهون به أن يكون مركباً من أربعة أجزاء:

أولها: أن يكون ديناً، احترز به من الأمانة، فلا يجوز أن يدفع قراضاً ويأخذ به رهناً.

ثانيها: أن يكون في الذمة. احترز به من المعينات أو منفعتها فإنها ليست في الذمة؛ لأن الذمة لا تقبل الأشياء المعينة.

ثالثها: أن يكون لازماً أو صائراً إلى اللزوم، واحترز باللزوم من دين الكتابة، فإنه غير لازم؛ لأنه إذا عجز المكاتب يرجع رقيقاً. وقال: (**أَوْ صَائِراً إِلَى اللُّزُومِ**) ليدخل الجعل؛ فإنه عقد غير لازم، ولكنه يلزم بالشروع في العمل.

رابعها: أن يمكن استيفاؤها من الرهن، احترز به مما يتعذر استيفاؤه من الرهن؛ لكونه لا يحل بيعه كمنافع المعينات.

ابن راشد وابن عبد السلام: الظاهر أن هذا لا يحتاج إليه؛ لأنه قدم ما يغني عنه في شرط الرهن.

فَلا رَهْنَ فِي نُجُومِ الْكِتَابَةِ

أدخل الفاء لكونها كالنتيجة عما قبله، وما ذكره المصنف من عدم الرهن في نجوم الكتابة نحوه في ابن شاس، وهو محمول على ما إذا أعطى أجنبي رهناً بكتابة مكاتب فإن ذلك لا يجوز، قاله في المدونة وغيرها؛ لأن دفع الأجنبي الرهن إنما يتصور إذا تحمل الأجنبي الكتابة، والحمالة بها لا تصح كما سيتبين لك إن شاء الله في محله. وإن كان المكاتب رهن رهناً في كتابته فإن ذلك جائز، نص عليه في المدونة.

وَلا فِي عَيْنٍ وَلا فِي مَنَافِعِ عَيْنٍ

يعني: ولا رهن في عين، وهو ظاهر في ذلك؛ لأن المقصود من الرهن التوثق ليستوفى منه ما يطلب به، ولا يمكن أن يستوفى المعين أو منفعته من الرهن أو ثمنه.

وَالرَّهْنُ فِي الْعَارِيَةِ لِضَمَانِ الْقِيمَةِ لا لِلْعَيْنِ، ولِذَلِكَ فُصِلَ بَيْنَ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ وغَيْرِهِ....

هذا جواب عن سؤال مقدر، لأنه لما قال: لا يصح في معين؛ كأن قائلاً قال: هذا لا يصح؛ لأنه يجوز لمن أعار معيناً أن يأخذ عنه رهناً، فأجاب بأن الرهن المأخوذ في العارية إنما هو لقيمته على تقدير هلاكه، ولأجل أن الرهن إنما هو للقيمة لم يصح دفع [٥١٢/ ب] الرهن إلا فيما يغاب عليه؛ لأنه هو الذي يضمن في العواري، لا فيما لا يغاب عليه؛ لأنه لا تلزمه قيمته إذا تلف.

وَيَجُوزُ عَلَى أَنْ يُقْرِضَهُ أَو يَبِيعَهُ أَوْ يَعْمَلَ لَهُ، وَيَكُونُ بِقَبْضِهِ الأَوَّلِ رَهْناً

يعني: ليس من شرط الرهن أن يصادف ديناً سابقاً، بل يصح قبضه مع الدين وقبله، ففي المدونة: وإذا دفعت إلى رجل رهناً بكل ما اقترض فلان جاز ذلك. قال في النكت:

ويكون رهناً بما داينه من قليل وكثير ما لم يجاوز قيمة الرهن، ولا يراعي ما يشبه، بخلاف مسألة كتاب الحمالة إذا قال: دَايِنْهُ وَأَنَا ضَامِنٌ؛ لأن الأول قد يبين بالرهن ما يقرضه.

ابن عبد السلام: فأشار إلى أن الحميل في الحمالة يلزمه كل ما وقعت به المداينة، سواء كانت تشبه أو لا. وقال غيره: إن قول غير ابن القاسم فيها مُقَيِّدٌ لقول مالك، وأنها كمسألة الرهن لا يلزم الحميل إلا ما يشبه من المداينة.

وقوله: (**أَوْ يَعْمَلَ لَهُ**) يعني: هو أو من يكريه ليكون المال متعلقاً بالذمة، لا هو بخصوصيته؛ لِمَا تقدم أنه لا يصح الرهن في منافع معين، ويصح حمل كلامه على المعنى أيضاً، بمعنى أن المكري يأخذ الرهن بالأجرة التي دفع إلى المعير على تقدير موت الأجير ومرضه.

قوله: (**وَيَكُونُ بِقَبْضِهِ الأَوَّلِ رَهْناً**) يعني: إذا دفع الرهن قبل الدين كان الرهن بقبضه الأول رهناً، ولا يحتاج إلى تجديد قبض بعد أخذ الدين.

فرع:

قال في الجواهر: ولو شرط رهناً في بيع فاسد فظن لزوم القضاء به ورهن فله الرجوع فيه، وكما لو ظن أن عليه ديناً فأداه ثم تبين أنه لا دين عليه فإنه يسترده.

فَإِنْ شَرَطَ رَهْنَ السِّلْعَةِ فِي ثَمَنِهَا الْمُؤَجَّلِ وَلَيْسَتْ بِحَيَوَانٍ وَشِبْهِهِ جَازَ

المازري: إن اشترط وضع المبيع على يد أجنبي غير البائع؛ جاز في المشهور عندنا. وقال ابن المواز: لا يجوز ذلك، وظاهره الكراهة. ومنعه ابن الجلاب في الحيوان خاصة ولم يقيد اشتراط ذلك بيد البائع أو بيد أمين. وإن اشترط بقاءه رهناً في يد البائع فثلاثة أقوال: منعه مالك في الموَّازيَّة مطلقاً، وأجازه ابن القصار مطلقاً، وأجازه أصبغ في العقار وما يؤمن عليه ومنعه في الحيوان.

المازري: وقيد بعض الأشياخ الخلاف بما إذا لم يشترط فيه أجل بعيد، وأما إذا اشترط فيه أجل بعيد فإنه يمتنع اتفاقاً. وبعض الأشياخ أطلق الخلاف من غير تعرض لذكر قرب أجل الرهن وبعده. انتهى.

فقول المصنف: (**وَلَيْسَتْ بِحَيَوَانٍ**) يأتي على ما في الجلاب، ولعل المصنف يريد بـ(**شِبْهِهِ**) الطعام؛ لأنه يسرع إليه التغير. فانظر هل توجد لفظة (**وَشِبْهِهِ**) في الرواية.

ابن عبد السلام: وإذا لم يُمَكِّن البائعُ المشتري من قبض السلعة وَحَبَسَها في ثمنها؛ ففي انتقال ضمانها إلى المشتري ثلاثة أقوال، والمشهور أنها تضمن ضمان الرهان.

وَيُخَيَّرُ الْبَائِعُ وَشِبْهُهُ فِي الْفَسْخِ فِي غَيْرِ الْمُعَيَّنِ

يعني: من باع سلعة بثمن مؤجل على شرط أن يأخذ رهناً به، فإن كان الرهن المشترط غير معين وأبى المشتري من دفعه؛ خُيِّرَ البائع وشبهه من وارث وموهوب له في فسخ البيع وإمضائه بلا رهن، وهكذا قال ابن الجلاب مقتصراً عليه، والذي نقله ابن المواز عن أشهب ونقله اللخمي وابن راشد وغيرهم: أنه يجبر على دفع رهن يكون فيه النقد باعتبار الدين.

ابن عبد السلام: وهو المذهب، واختلف المتأخرون هل يسجن أم لا؟ والصواب أنه يسجن.

اللخمي: وعلى المشهور فإنه يعطى الصنف المعتاد، والعادة في الحواضر أن يرهن ما يغاب عليه من الثياب والحلي وما لا يغاب عليه كالديار وشبهها، فليس العادة العبيد والدواب، وليس على المرتهن قبول ذلك وإن كان أخف عليه؛ لتصديقه في تلفه؛ لأن في حفظه كلفة ومشقة، وإن أحب أن يعطي ثياباً وامتنع المرتهن لأنه مما يضمنه، أو أحب الراهن أن يعطي داراً وامتنع المرتهن وأحب ما ينفصل به ويكون تحت غلقه فالقول قول الراهن؛ لأن كل ذلك رهن. ويحمل كلام المصنف على أن المبتاع لم يجد شيئاً، وأما إن وجد فيجبر على ما جرت العادة بدفعه.

وَيَصِحُّ الرَّهْنُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَلا يَتِمُّ إِلا بِهِ

يعني: يصح الرهن ويلزم بالقول، لكن لا يختص المرتهن به على الغرماء إلا بقبضه، وهذا معنى قوله: (**وَلا يَتِمُّ إِلا بِهِ**). ونقل المازري عن أبي حنيفة والشافعي: أنه لا يلزم إلا بالقبض، ودليلنا قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾ [المائدة:١] وقوله صلى الله عليه وسلم: «**المسلمون عند شروطهم**». وتنازع الجميع في فهم قوله تعالى: ﴿ فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ ﴾ [البقرة:٢٨٣] هل المراد المقبوضة بعد عقد الرهن وهو قول مالك، ويعضده أنه أثبت لها حكم الرهان قبل القبض، أو المراد أن الرهن هو المقبوض وهو قول أبي حنيفة والشافعي؟

وَيُجْبَرُ الرَّاهِنُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مُعَيَّناً

هذا قسيم قوله: (**وَيُخَيَّرُ الْبَائِعُ وَشِبْهُهُ فِي الْفَسْخِ فِي غَيْرِ الْمُعَيَّنِ**) أي: فإن كان معيناً، كما لو قال: أرهنك هذا الثوب. والأحسن بطريقة المصنف تقديم هذه المسألة على قوله: (**وَيَصِحُّ الرَّهْنُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَلا يَتِمُّ إِلا بِهِ**).

فَإِنْ تَرَاخَى الْقَبْضُ إِلَى الْفَلَسِ أَوِ الْمَوْتِ بَطَلَ اتِّفَاقاً، وَلَوْ كَانَ مُجِداً عَلَى الأَشْهَرِ

أي: فإن تأخر القبض، وكذا وقع القبض ملفوظاً به في بعض النسخ.

قوله: (**إِلَى الْفَلَسِ أَوِ الْمَوْتِ**) فإن كان ذلك بتراخ من المرتهن ولو شاء أخذه قبل ذلك؛ بطل الرهن بالاتفاق.

ابن عبد السلام: ولا يبعد أن يكون مجمعاً عليه وإن لم يتراخ، بل كان جادًّا في الطلب حتى فلس الراهن أو مات؛ ففي الجواهر: ظاهر الكتاب [٥١٣/ أ] أنه لا يكون أحق؛ لقوله: إذا لم يقبض المرتهن حتى مات الراهن أو فلس كان أسوة الغرماء. فأطلق الجواب فيه.

وقال القاضي أبو محمد: حقه ثابت؛ لأنه لم يفرط.

ابن راشد: وفي كلامه في الجواهر نظر؛ لأنه لم يتعرض لكونه مجدًّا، ويحتمل أن لو سئل عن ذلك لأجاب بالصحة. وشهر المصنف البطلان لكونه ظاهر المدونة كما قال ابن شاس، وحكى اللخمي والمازري القولين إذا كان جادًّا ولم يعينا مشهوراً.

فإن قلت: ما الفرق على ما شهره المصنف هنا وبين الهبة إذا مات الواهب والموهوب له جاد في الطلب وفي تزكية الشهود؛ أن ذلك حوز عند ابن القاسم خلافاً لأشهب؟ **قيل:** لأن الرهن لما كان لم يخرج من ملك راهنه لم يكتف بالجد في الطلب، بخلاف الموهوب فإنه خرج عن ملك راهنه، والله أعلم.

وَقَبْضُهُ كَقَبْضِ الْمَبِيعِ

لما ذكر أنه لا يتم إلا بالقبض بيَّن أن القبض هنا كما قدمه في قبض المبيع؛ أي: فقبض المكيل بالكيل والموزون بالوزن والمعدود بالعدد، وفي اعتبار مقدار المناولة قولان، وفي العقار التخلية وفي غيرهما العرف.

ويحتمل أن يريد بقوله: (**وَقَبْضُهُ كَقَبْضِ الْمَبِيعِ**) خصوصية المكيل والموزون والمعدود، وعلى كلا الاحتمالين ففي كلامه نظر؛ أما على الثاني فلأن كلامه حينئذ يكون تعرض لكيفية القبض في العقار والعروض ولا ينبغي إهمال ذلك، وأما على الأول فإن ظاهر كلامه مساواة القبض فيه للبيع، والذي يؤخذ من كلامهم أنه لا بد هنا من زيادة على قبض المبيع، فقد قال ابن عبد السلام: إنَّ تخلي الراهن عن العقار لا يكون رهناً كافياً، بل لا بد مع ذلك من شيء آخر وهو غلق المرتهن على ما يكون ذلك فيه. وقال المازري: إن كان الرهن ما ينتقل كالثوب والعبد فَقَبْضُهُ بنقله من حيازة الراهن ومكانه إلى مكان المرتهن، وهذا لا يشترط في البيع. ونص اللخمي وغيره على أن قبض الرهن إذا كان

عقاراً بالتسليم والإشهاد، إلا دَارَ سكناه فيشترط فيه في الرهن خروجه وإخلاؤه من شواغله. قال: وإن لم يخله وحال المرتهن بينه وبين التصرف فيه جاز. وقال المازري: إن كان الرهن مما لا ينتقل كالدار فالقبض فيه رفع يد الراهن وتفريغ ذلك من شواغل الراهن، وإن كان مغلقاً خالياً كان مفتاح ما يعلق به بيد المرتهن، وإن كان أرضاً لا تقفل ولا شَاغِلَ فيها للراهن كفى فيها الإشهاد والذب عنها إلى المرتهن.

فإن قلت: كلام المازري يدل على أنه لا بد من إزالة الشواغل. **قيل**: يحمل كلامه على دار سكناه ليوافق كلام اللخمي، فإن كان في كراء بغير وجيبة فحوزه أن يجمع بينه وبين المرتهن ويقبض الكراء المرتهن أومن يرضيان به.

واختلف إذا كان الكراء وجيبة؛ فحوزه أن يجمع بينه به، وقد قبض كراءه أولم يقبض، هل يصح فيه حوز أو لا، وإن كان فيه طعام مختزن فسلم مفتاحه إليه أو إلى أمين جاز. انتهى.

وَقَبْضُ الدَّيْنِ بِالإِشْهَادِ وَالْجَمْعِ بَيْنَ الْغَرِيمَيْنِ إِذَا كَانَ عَلَى غَيْرِ الْمُرْتَهِنِ

لما قدم المصنف أنه يصح رهن الدين تكلم هنا على حوزه، ولم يتعرض المصنف للوثيقة التي فيها ذكر الحق، وكأنه إنما تكلم على ما لا بد منه، لأن الوثيقة قد لا تكون. قال في الجواهر: وأما الدين فبتسليم ذكر الحق، والإشهاد والجمع بين الغريمين إن كان على غير المرتهن، ويكفي الاقتصار على الجمع بينهما والإشهاد إن لم يكن ذكر حق، ويتقدم إليه بحضرة البينة ألا يقبضه إياه حتى يصل إلى حقه. وكذلك قال اللخمي: حيازة الدين أن يأخذ المرتهن ذكر الحق، أو يجمع بينه وبين الغريم ويتقدم إليه بحضرة البينة، ألا يقضيه إياه حتى يصل إلى حقه، فإن فعل ذلك متعدياً أغرم الدين ثانياً، لأنه أتلفه على المرتهن إلا أن يكون حقه أقل، فإن كان الغريم غائباً ولا وثيقة فالإشهاد يجزئ،

وفيه خلاف. وظاهر كلامهما: أنه لا بد من حيازة الدين في هذه الثلاثة، وقول اللخمي: وإن كان الغريم غائباً ولا وثيقة فالإشهاد يجزئ، وفيه خلاف. لعله يشير بذلك إلى ما حكاه الباجي أنه قال، قال مالك: إن كان للدين وثيقة فحيازته أن تدفع الوثيقة إليه ويكون أحق في الفلس والموت، وإن لم يكن للدين ذكر حق، فقال ابن القاسم أيضا: لا يجوز إلا أن يجمع بينهما، وهو ظاهر قول مالك في الموَّازيَّة. انتهى.

اللخمي: وليس على الراهن أن يدفع ذكر الحق للمرتهن إذا كان الدين عليه، لأنه يخشى أن يجحده فيتلف حقه، لأن قبض المرتهن للكتاب إنما هو ليقبض به، والمرتهن مستغن عن ذلك.

وَقَبْضُ الْجُزْءِ الْمُشَاعِ وَالْبَاقِي لِغَيْرِ الرَّاهِنِ إِنْ كَانَ عَقَاراً جَائِزٌ بِاتِّفَاقٍ، وَفِي إِلْحَاقِ غَيْرِهِ بِهِ لا بِمَا فِيهِ لِلرَّاهِنِ حَقٌّ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ.

يعني: إذا كان للراهن جزء مشاع في شيء وباقي ذلك الشيء لغيره، فإذا قبض المرتهن ذلك الجزء وحل محل الراهن؛ فإن كان المرهون عقاراً صح الرهن وتم باتفاق، وقد تقدم أول هذا التقييد أنه قد استقرئ من كلام المصنف إذا حكى الاتفاق، فإنما يريد اتفاق أهل المذهب بخلاف الإجماع.

ابن عبد السلام: حكى المصنف الاتفاق لكونه لم يطلع على الرواية التي في المذهب بمنع رهن المشاع.

خليل: وقد يقال: هذا لا يرد؛ لأن كلام المصنف إنما هو في كيفية القبض، وذلك مستلزم لصحة الرهن ابتداء، فكأنه يقول: اتفق القائلون برهن المشاع على هذا، والله أعلم.

وإن كان غير عقار؛ حيواناً أو عروضاً، فقال ابن القاسم في المدونة: هو كالعقار. وقال أشهب وعبد الملك: لا بد من قبض المرتهن الجميع أو جعله بيد الشريك أو بيد غيرهما، هكذا نقل اللخمي وابن يونس قول أشهب، فوجه قول ابن القاسم القياس على العقار.

المازري: ووجه قول أشهب وعبد الملك أن الحوز إنما صح في الرباع لأن نقلها لا يمكن، فصار المقدور عليه في قدرة الخلق رفع يد الراهن عن نصيبه، وكون يد المرتهن يحل محله، وأما ما ينقل ويزال؛ فإنه يمكن فيه أن ينقله عن مكان إلى [٥١٣/ ب] مكان، وهكذا المعتاد فيه وفي قبضه فطلب في الحوز أعلى درجاته، وهي نقله من مكان إلى مكان ينفرد به المرتهن.

اللخمي: وقول ابن القاسم أحسن.

ابن عبد السلام: والظاهر أنه لا فرق بين العقار وغيره.

والضميران المجروران في كلام المصنف بغير والباء عائدان على العقار وذلك واضح.

وَعَلَى الْمَشْهُورِ: لا يَسْتَأْذِنُ الشَّرِيكُ ولَهُ أَنْ يَقْسِمَ ويَبِيعَ ويُسَلِّمَ، وَعَلَى الآخَرِ: فَفِي جَوَازِ بَيْعِهِ فَيَتَأَخَّرُ التَّسْلِيمُ قَوْلانِ....

أي: وعلى قول المشهور، أي: قول ابن القاسم؛ كمن له نصف ثوب أو حيوان رهنه، ولا يستأذن الشريك الذي لم يرهن؛ لأن الشريك يتصرف مع المرتهن، وله - أي: للشريك الذي لم يرهن - أن يقسم الشرك إن كان مما يقبل القسمة، وله بيع ما نابه ويسلمه للشريك، ولا يمنعه رهن الشريك من ذلك، لأن الرهن لا يتعلق بحصته، وعلى قول أشهب لا يكون لأحد الشريكين أن يرهن حصته إلا بإذن شريكه، لأن المرتهن على قوله يحتاج إلى حيازة الجميع، ولهذا قال في المَوَّازِيَّة: من كان له نصف عبد أو دابة أو ما ينقل كالثوب والسيف؛ لم يجز أن يرهن حصته إلا بإذن شريكه، وكذلك ما لا ينقسم، لأن ذلك يمنع صاحبه بيع نصيبه، فإن لم يأذن له انتقض الرهن.

خليل: وينبغي أن يستأذنه أيضاً على قول ابن القاسم؛ لأن الشريك الذي لم يرهن نصيبه قد يدعو إلى بيع الجميع لأجل ما عليه في بيع نصيبه مفرداً من الجنس، فإذا دعا إلى ذلك

مُكِّنَ منه لكونه من حقه، فيؤدي إلى بيع النصيب المرتهن فينقل حكم المرتهن من الرهن إلى حكم آخر، ومن حق المرتهن أن يتوثق في الرهن حتى لا يكون لأحد فيه حق في إزالة يده عن الرهن إلا بعد قضاء الدين الذي هو رهن به، فإذا استؤذن الشريك الذي لم يرهن لم يكن له أن يدعو إلى المفاصلة وبيع الجميع حتى يحل أجل الدين ويقبض المرتهن حقه.

ثم فرع المصنف على قول أشهب بقوله: **(وَعَلَى الآخَرِ: فَفِي جَوَازِ بَيْعِهِ... إلخ)**.

أي: إذا أذن على قول أشهب، وقلنا: إنه يمنع من دعوى المفاصلة، فلو أراد بيع نصيبه على أن يقبض إلى أجل الدين وهو أجل بعيد لا يجوز بيع المعينات على أن يقبض إليه على قولين المنسوب لأشهب الجواز.

المازري: وهو أشهرهما. وقال ابن ميسر بالمنع قياساً على بيع الغائب، ورأى أشهب أنه لما كان للمشتري هنا الانتفاع في أكثر الأشياء وإنما منع من دعواه إلى بيع الجميع، فقد ناسب أن يقال هنا بالجواز دون المعين الذي يتأخر قبضه، فإنه إنما يدخل في قبض المشتري بعد ذلك الأجل المشترط وهو غرر؛ إذ لا يدري هل يبقى إلى ذلك الأجل أم لا، ولهذا الذي أشرنا إليه قال أشهب: ضمان هذا المبيع في هذه المسألة من المشتري دون الغائب كالمواضعة. وهكذا قال التونسي في كلامه على المَوَّازِيَّة. التونسي والمازري وابن زرقون: وإذا وجب الضمان على المشتري فيجب عليه أن ينقد الثمن للبائع، واعترض الباجي قول أشهب بأن ذلك يمنع صاحبه بيع نصيبه، فقال: هذا عندي لا يمنع ما ذكر؛ لأن ذلك لا يمنع من بيع نصيبه إن شاء أن يفرده بالبيع أو يدعو الراهن إلى البيع معه، فإن باعه بغير جنس الدين كان الثمن رهنا، وإن كان بجنسه قضى منه الدين إن لم يأت برهن بدلاً منه.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام أشهب أنه لا يحتاج إلى إذن الشريك في الربع، وإن كان مما تمكن قسمته. وهذا معنى كلامه، والصواب عندي ما قاله الباجي.

وَإِذَا كَانَ الْبَاقِي لِلرَّاهِنِ فَيُقْبَضُ الْجَمِيعُ. وَقِيلَ: إِلا فِي الْعَقَارِ فَكَالأَجْنَبِيِّ

أي: وإن رهن نصف ثوب أو دار ونحو ذلك وكان النصف الآخر للراهن؛ لم يصح حوز ذلك إلا أن يحوز المرتهن جميع ذلك، سواء كان عقاراً أو غيره على المشهور، والقول بأنه يكفي في العقار حوز البعض في المَوَّازيَّة.

ابن عبد السلام: والقولان منسوبان للمدونة، وليس فيها عندي بيان لهما، والظاهر لا فرق بين العقار وغيره، والمذهب في الهبة أن الموهوب له يحل في الجزء الموهوب محل الواهب، سواء كان الباقي للواهب أو لغيره، وبذلك استدل للقول بأنه حيازة، وفرق للأول بأن الحيازة في الرهن أشد منها في الهبة؛ لما تقدمت الإشارة إليه من قوة ملك الراهن دون الواهب.

ابن راشد: ألا ترى أن الهبة إذا رجعت إلى يد الواهب بعد طول المدة لم تبطل بخلاف الرهن.

تنبيهان:

الأول: قوله: (**وَالْبَاقِي لِلرَّاهِنِ**) ظاهره أن جميع الباقي للراهن، وليس ذلك بشرط في المسألة، بل وكذلك إذا كان له حصة أخرى لم يرهنها، والله أعلم.

الثاني: خصص المصنف الخلاف بما إذا كان جميعه للراهن بالعقار، وهي طريقة أكثر الشيوخ، ولم يحكوا في غير العقار خلافاً أنه لا بد من حوز الجميع، وحكى اللخمي الخلاف في غير العقار أيضاً.

وَعَلَى الْمَشْهُورِ: لا يُمَكَّنُ مَنْ قَبَضَ فِي اسْتِئْجَارِ جُزْءِ غَيْرِهِ، ويَقْسِمُ أَو يَقْبِضُهُ الْمُرْتَهِنُ....

يعني: وعلى المشهور وهو قول ابن القاسم أنه لا يشترط في غير العقار أن يحوز المرتهن الجميع، بل يكفي أن يحل محل الراهن، فلا يمكن الراهن إذا استأجر نصيب شريكه من قبض أجرة ذلك النصيب لأجل أنه تجول يده فيما اكتراه وفيما رهنه، فيبطل

حق المرتهن، فإذا استأجره وقسم بينهما أو يقبض له المرتهن، وفهم من كلامه صحة الإجارة، ونص في المدونة وغيرها على أنه لا يمنع من الإجارة ابتداء. وقال: على المشهور؛ لأنه على قول أشهب لا يتأتى هذا.

تنبيهان:

الأول: يفهم من كلام المصنف أنه لا يمكن في العقار من قبض في استئجار جزء غيره على قول ابن القاسم وأشهب، ولعل المصنف لما رأى أن [٥١٤/ أ] نصه على غير العقار يستلزم معرفته في العقار بخلاف العكس؛ فإنه لا يفهم من ذلك إلا بتأمل اقتصر على بيان الحكم في غير العقار.

الثاني: لا فرق بين قسمة الرقاب والمنافع في تصحيح الرهن، قاله اللخمي.

وَلَوْ كَانَ الشَّرِيكُ أَمِينَهُمَا ثُمَّ رَهَنَ حِصَّتَهُ وَجَعَلا الأَوَّلَ أَمِينَهُمَا بَطَلَ حَوْزُ الْحِصَّتَيْنِ ....

يعني: إذا كانت دار أو غيرها شركة بين اثنين، فرهن أحدهما حصة من شخص وجعل الراهن والمرتهن الشريك أمينهما، ثم رهن أيضاً الأمين حصته لمرتهن الحصة الأولى وجعل الراهن الأول أمينهما؛ بطل حوز الحصتين، لأن الرهن صار بيد الراهن الأول والثاني.

وما ذكره المصنف ذكر ابن المواز أنه سمعه من أصحاب مالك. **محمد**: ولو جعلا نصيب الثاني على يد أجنبي أو يد المرتهن بطلت حصة الثاني فقط، يريد لأنه حائز لنصيب الراهن الأول، فيبقى ذلك في يده وهو مشاع، فيبطل ما ارتهنه.

التونسي والمازري وغيرهما: وهذا إنما ينبني على أحد القولين فيمن رهن نصف داره من رجل وبقي الراهن يحوز مع المرتهن؛ أن ذلك يمنع من صحة حوز الرهن، وأما على

القول بصحة هذا الحوز؛ فلا يبطل رهن الباقي، وإن كانت يد الراهن باقية على نصيب شريكه، وهو تخريج ظاهر؛ لأن قصارى أمره أن يكون بمنزلة ما لو كان الجميع له، ولا إشكال في صحة الرهن الأول، لأنه لا نظر له في شيء من الدار.

وَالْحَوْزُ الْمُتَقَدِّمُ لِغَيْرِ الرَّهْنِ كَالْمُتَأَخِّرِ لا يَكُونُ حَوْزاً عَلَى الأَصَحِّ

قد تقدم أنه يصح رهن المساقى والمستأجر، وتكلم المصنف هنا على حوز ذلك، والأصح لابن القاسم؛ ففي المجموعة: مذهب ابن القاسم أنه يجوز للرجل أن يرهن ما هو بيده بإجارة أو مساقاة ويكون ذلك حوزاً للمرتهن، مثل الذي يخدم العبد ثم يتصدق به على آخر بعد ذلك، فيكون حوز المخدم حوزاً للمتصدق عليه، ومقابله لمالك في الموَّازيَّة: أن من اكترى عبداً أو داراً سنة أو أخذ حائطاً مساقاة ثم ارتهن شيئاً من ذلك قبل فراغ أجله، فلا يكون حوزاً للرهن؛ لأنه محوز قبل ذلك بوجه آخر. قيل له: ما الفرق بين هذا وفضلة الرهن وقد تقدم فيه حوز الأول؟ قال: هذا محوز عن صاحبه والأول هو باسم صاحبه في المساقاة والكراء.

ابن المواز: هذا محوز له والرهن محوز عنه، فهما وجهان.

ابن عبد السلام: وهو فرق جلي يظهر صوابه إثر تصوره، وإن كان ابن يونس لم يرتضه. وقال: إنهما سواء. ولابن الماجشون نحو ما في الموَّازيَّة، وتصحيح المصنف موافق لاختيار ابن يونس.

وَيَجُوزُ أَنْ يُوَكِّلَ مُكَاتَبَ الرَّاهِنِ فِي قَبْضِهِ، بِخِلافِ عَبْدِهِ ومُسْتَوْلَدَتِهِ ووَلَدِهِ الصَّغِيرِ

يعني: ويجوز للمرتهن أن يوكل مكاتب الراهن في قبض الرهن، لأنه قد أحرز نفسه وماله، بخلاف العبد والمستولدة، فإن للسيد انتزاع مالهما، فما تحت أيديهما بمنزلة ما هو تحت يده، وكذلك له النظر التام في مال ولده الصغير، وفي معناه الكبير السفيه، ولا

خلاف في ذلك، واختلف في الابن المالك لأمره البائن عن أبيه. فقال ابن القاسم: لا ينبغي ذلك ويفسخ. وقال سحنون: ذلك جائز. وقاله ابن الماجشون في البنت والابن، وأما وضعه بيد زوجة الراهن؛ فقال ابن القاسم في المجموعة وغيرها: لا يجوز ذلك. وقال أصبغ: إن حيز ذلك عن راهنه حتى لا يلي عليه ولا يقضى فيه جاز. وأما وضعه على يد أخ الراهن؛ فقال ابن القاسم في المَوَّازِيَّة والعتبية: لا ينبغي ذلك، وضعفه، وقال في المجموعة: ذلك رهن تام، وهو أصح. انتهى.

عبد الملك: ولو كان ليتيم وليان فأخذ اليتيم ديناً ورهن به رهناً ووضع على يد أحدهما لم يتم بذلك الحوز؛ لأن الولاية لهما ولا يجوز الرد على نفسه.

المازري: وأما حوز القيم بأمور الراهن المتصرف في ماله وشئونه؛ فقد وقع في الرواية أنه إن حاز جميع الرهن كدارٍ رهن الراهن جميعها فحازها القائم بشئون الراهن للمرتهن بإذنه؛ فذلك حوز لا يبطل الرهن، وإن كان إنما رهن الراهن نصفها وأبقى النصف الآخر على ملكه وتصرفه ، فإن قبض القائم بشئون الراهن لا يصح؛ لكون الجزء الآخر الذي لم يرتهن بحوز هذا القائم بنيابة عن الراهن، وهو غير مميز من الجزء المرتهن؛ فكان يد المرتهن على جميع الرهن. انتهى.

وقاله ابن الماجشون، وزاد إلا أن يكون عبداً فلا يجوز بيعه، يعني: وإن رهن الجميع؛ لأن حوز العبد حوز لسيده، كان مأذوناً له أو لا.

وَإِذَا طَلَبَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ عِنْدَ عَدْلٍ فَهُوَ لَهُ

أي: إذا وقع الشرط على أن يكون بيد المرتهن أو عدل عمل عليه، وإلا فنص ابن القاسم في العتبية على ما ذكره المصنف: أن القول قول من دعا إلى وضعه بيد العدل، أما الراهن فلأنه قد يكره حيازة المرتهن خوف أن يدعي ضياعه، وأما المرتهن فليدفع عن

نفسه حفظه، والضمان على تقدير هلاكه إن كان مما يغاب عليه، ونص اللخمي على أنه إذا كانت العادة تسليم الرهن للمرتهن؛ أنه يقضى له بذلك كالشرط.

فَإِنْ أَسْلَمَهُ دُونَ إِذْنِهِمَا ضَمِنَ

أي: فإن أسلم العدل الرهن دون إذن الراهن والمرتهن ضمن، ولم يبين المصنف ما الذي يضمن، وكذلك لم يبين هل الرهن مما يغاب عليه أم لا.

وفي المدونة: وإن تعدى العدل في رهن على يده فدفعه إلى الراهن أو المرتهن فضاع وهو مما يغاب عليه؛ فإن دفعه إلى الراهن ضمنه للمرتهن.

ابن يونس وغيره: يريد أنه يضمن له الأقل من قيمته أو من الدين، لأنه إن كانت قيمته أقل فهو الذي أتلفه عليه، وإن كان الدين أقل لم تكن له المطالبة بغيره. قال في المدونة: وإن دفعه للمرتهن ضمنه الراهن، فإن كان الرهن كفاف [٥١٤/ ب] الدين؛ سقط دين المرتهن لهلاكه بيده، وإن كان فيه فضل ضمن العدل فضله للراهن.

ابن يونس: يريد ويرجع به على الراهن.

اللخمي وابن عبد السلام: وهذا إذا كان بعد الأجل أو قبله ولم يعلم بذلك حتى حل الأجل، فأما إن علم بذلك قبل الأجل؛ كان للراهن أن يغرم القيمة أيهما شاء؛ لأنهما متعديان عليه، هذا في دفعه، وهذا في أخذه، وتوقف القيمة على يد عدل غير الأول خيفة أن يتعدى عليه ثانية، وللراهن أن يأتي برهن مكان الأول ويأخذ القيمة.

أبو الحسن: وانظر قوله في المدونة: وهو مما يغاب عليه؛ مفهومه أن ما لا يغاب عليه ليس كذلك، وهذا إنما يضمنه بالعداء، وما يضمن بالعداء لا يفصل فيه بين ما يغاب عليه أو لا، ولعله إنما ذكر ما يغاب عليه لأجل المرتهن الذي يضمن القيمة. ولكن قوله: (**مَا يُغَابُ عَلَيْهِ**) إنما هو في السؤال فلا يعمل بمفهومه، ولا فرق بين ما يغاب

عليه، وما لا يغاب عليه؛ لأن العدل والمرتهن متعديان، وهو الذي يظهر من كلام اللخمي المتقدم. انتهى.

ومن أحب الزيادة على هذا أو الاطلاع على مسألة محمد والكلام عليها فلينظر ابن يونس.

فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي عَدْلَيْنِ؛ فَقِيلَ: يَنْظُرُ الْحَاكِمُ فِي ذَلِكَ. وقِيلَ: عَدْلُ الرَّاهِنِ

يعني: فإن أحب الراهن عدلاً وأحب المرتهن غيره، فقال محمد بن عبد الحكم: ينظر الحاكم في ذلك. والقول بأن ذلك للراهن للخمي، قال: وهو أنظر لنفسه في حفظه ومن يثق به.

ابن عبد السلام: ويظهر الأول فيما إذا ادعى كل واحد منهما العدالة في شخص ونازعه الآخر، ويظهر الثاني فيما إذا اتفقا على عدالته، لكن المسألة مفروضة عند الشيوخ فيما هو أعم من كل واحدة من الصورتين. قال في المدونة: وإن مات العدل وبيده رهن فليس له أن يوصي عند موته بوضعه عند غيره، والأمر في ذلك للمتراهنين.

وَيُشْتَرَطُ دَوَامُ الْقَبْضِ

أي: يشترط دوام القبض في الاختصاص بالرهن، والمراد بدوام القبض أن يكون الرهن بيد المرتهن أو بيد العدل لا بيد الراهن وقت الحاجة إليه، خلافاً للحنيفة في قولهم: إن رجوعه إلى يد الراهن بالعارية أو بالإيداع لا يبطل بخلاف الإجارة.

واستدل أهل المذهب بقوله تعالى: ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة:٢٨٣] وقالوا: هذه الصفة مطلوبة في الرهن لقصد التوثق، والمطلوب من التوثق أن يكون الرهن محوزاً عن الراهن.

فَلَوْ عَادَ اخْتِيَاراً فَلِلْمُرْتَهِنِ طَلَبُهُ قَبْلَ فَوْتِهِ بِعِتْقٍ أَوْ تَحْبِيسٍ أَو قِيَامِ الْغُرَمَاءِ

يعني: فلو عاد الرهن إلى الراهن اختياراً من المرتهن أو بوديعة أو إجارة؛ فللمرتهن طلب الرهن، قاله ابن القاسم وأشهب.

اللخمي: وإنما يرجع في الإجارة إذا انقضت مدتها، وإن قام قبل ذلك وقال: جهلت أن ذلك نقض لرهني وأشبه ما قال؛ حلف ورده ما لم يقم الغرماء.

فإن قلت: كيف تتصور الإجارة والغلة إنما هي للراهن، وكيف يتصور أن يستأجر من نفسه؟ **قيل**: يحمل ذلك على ما إذا كان المرتهن اكتراه ثم أكراه للرهن.

وقوله: (**إِلا أَنْ يَفُوتَ بِعِتْقٍ... إلخ**) أي: له الطلب إلا في وجهين:

الأول: أن يقوم الغرماء. **والثاني**: أن يفوت بتحبيس أو عتق.

ابن القاسم وأشهب: أو بتدبير ونحوه. وفي الفوت بالتدبير نظر، لأنه لا يمنع ابتداء الرهن فكيف يمنع استصحابه، إلا أن يكون معنى قولهما أنه لا يمكن المرتهن من بيع المدبر الآن، ولكن يرد إليه ليحوزه على نحو ما يحوز المدبر في الارتهان، فقد أشار بعضهم إلى هذا.

وقال: (**اخْتِيَاراً**) لأنه لو عاد بغير الاختيار فله القيام مطلقاً، سواء قام الغرماء أو لم يقوموا، فوته بما ذكر أو لا.

وَالْعَارِيَةُ الْمُؤَجَّلَةُ كَذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ عَلَى الرَّدِّ فَلَهُ ذَلِكَ

أي: إذا أعاره على الرد؛ سواء أجله بموت أم لا كذلك له الطلب، ولو قال: والعارية على الرد لأجاد؛ لأن قوله: (**الْمُؤَجَّلَةُ**) إنما يتبادر الذهن منه إلى غير المؤجلة بمدة معنية.

ووقع في بعض النسخ: (**وَالْعَارِيَةُ الْمُؤَجَّلَةُ أَوْ عَلَى الرَّدِّ كَذَلِكَ**) وهي أحسن من الأولى لأخذ المسألة؛ لكن فيها أيضاً نظر من وجه آخر، وهو أن قوله: (**الْمُؤَجَّلَةُ**) مستغنى عنه؛ لأن قوله: (**عَلَى الرَّدِّ**) يشمل الصورتين كما ذكرنا.

وقوله: (**كَذَلِكَ**) أي: لا يبطل الرهن فله ذلك، أي: الطلب ما لم يفت أو تقم الغرماء، ولواقتصر على قوله (**كَذَلِكَ**) لكفى.

وَفِي سُقُوطِ طَلَبِهِ بِالْعَارِيَةِ مُطْلَقاً قَوْلَانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ

هذا كله مع عود الرهن بالاختيار. وحاصله: أن ابن القاسم جعل له الطلب في الإجارة والوديعة والعارية على الرد وأبطل الرهن إذا أعاره إعارة مطلقة من غير تقييد برده، وسوى أشهب بين الجميع.

اللخمي وغيره: وقوله أبين. وقال: فإن كانت العارية إلى أجل ارتجعها إذا انقضى ذلك الأجل، ويختلف إذا لم يكن ضرب أجلاً؛ لأن العارية لا أمد لها، وقد قيل في هذا الأصل: إنها تبقى إلى مدة يرى أن يعير إلى مثلها. خليل: وقد قيل لا يلزم هنا التأخير إلى مدة يمكن الانتفاع بها، ويفرق بين العارية وغيرها بأن يقال: الرهن بيد الراهن يضعف حيازة المرتهن، والله أعلم.

ولا فرق على القولين بين أن يكون المستعير هو الراهن أو غيره، فقد حكى المازري القولين إذا أعاره لرجل أجنبي، وذكر عن ابن حارث ثالثاً بالتفصيل إن كان الراهن هو الراغب للمرتهن في أن يمكن المستعير من الرهن فمكنه، فإن ذلك كتمكين الراهن من الرهن، وإن كان الراغب فيه هو المرتهن؛ فإن ذلك لا يبطل الحوز، قال: ويرد هذا التفصيل في الإجارة.

ونسب اللخمي القول الذي نسبه المصنف لابن القاسم لمالك، وأشار إلى أنه يمكن حمله على أنه استردها قبل أن تمضي مدة تعار إلى مثلها لا على أنه سقط طلبها بالكيلة. ابن راشد: وإذا فرعنا على قول ابن القاسم [٥١٥/أ] بالبطلان، فلو رده الراهن باختياره، فهل يكون رهناً على حاله الأول أم لا ؟ قولان لابن القاسم وغيره حكاهما في المتيطية وبناهما على الخلاف في افتقار الرهن إلى التصريح به أم لا .

وَلَوْ أَذِنَ لِلرَّاهِنِ فِي وَطْءٍ بَطَلَ الرَّهْنُ، وكَذَلِكَ فِي إِسْكَانٍ أَو إِجَارَةٍ

مقتضاه: أن مجرد الإذن كافٍ في البطلان وهو نص المدونة في حريم البئر، ففيها: لو أذن المرتهن للراهن أن يسكن أو يكري؛ فقد خرجت الدار من الرهن وإن لم يسكن ولم يكرِ. وقال أشهب: بل حتى يكريها. وظاهر كلام غير واحد أن قول أشهب خلاف، وصرح بذلك المازري. وقال ابن حارث: معنى قول ابن القاسم أن الرهن كان على يد أمين، ومعنى قول أشهب: أن الرهن كان على يد المرتهن. وهكذا نقل ابن راشد قول ابن حارث، وذكره المازري على أنه قول ثالث في المسألة، فقال: فقد رأى ابن القاسم أن مجرد الإذن كالترجيح بإسقاط حق المرتهن، وكما أن عقد الرهن يلزم بالقول فكذلك يسقط وهو الأشبه بأصل المذهب، واستصحب أشهب الحوز.

تنبيه:

وقع في المدونة في الرهن فيمن ارتهن رهناً فقبضه ثم أودعه للراهن أو أجاره أو أعاره إياه أورده إليه بأي وجه كان حتى يكون الراهن هو الحائز له؛ فقد خرج من الرهن. وجعله ابن عبد السلام مخالفاً لما في كتاب حريم البئر، وكذلك قال أبو الحسن، وظاهر هذا: أن مجرد الإذن لا يبطل، وفيه نظر؛ لأنه لا منافاة بين البابين، لأنه نص في باب الرهن على وجه متفق عليه، وبين ما في حريم البئر أن الرهن يبطل بمجرد الإذن، وقد حمل ابن يونس وغيره ما في حريم البئر على أنه تقييد لما في الرهن، ولم ينقل المازري عن ابن القاسم إلا ما في حريم البئر، والله أعلم.

وَلَكِنْ يَتَوَلاَّهُ الْمُرْتَهِنُ بِإِذْنِهِ

ضمير (**يَتَوَلاَّهُ**) عائد على ما فهم من إجارة وإسكان، يعني: ولكن إن أراد الجمع بين صحة الإجارة وتمام الرهن فليتولَّ المرتهن الكراء بإذن الراهن له في ذلك. وظاهر

كلامه: أنه لو لم يأذن له لم يكن له ذلك، وهو قول ابن القاسم وأشهب، زاد أشهب: إلا إذا اشترط أن كراءه رهن مع رقبته؛ فله أن يكريه حينئذ بغير إذنه. وقال ابن عبد الحكم: للمرتهن أن يكري الرهن دون إذن الراهن. ونقل بعضهم عن ابن الماجشون: أن المرتهن إذا ترك كراء الدار ولكرائها خطب وقدر؛ أنه ضامن يوم ارتهانها، لأنه تعمد إبطالها ما لم يكن الراهن عالماً بذلك، فحينئذٍ لا يكون على المرتهن ضمان، لأن رد بينته وسكوته رضى. وحكى بعضهم عنه أنه يستحب لمرتهن الدار أن يكري الدار بمؤامرة ربها إن كان حاضراً، وإن ترك ذلك جاز ومضى إذا اجتهد، ولا منافاة بينه وبين ما حكى الأول فتأمله.

وَيَدُ الْمُرْتَهِنِ بَعْدَ الْمَوْتِ أَوِ الْفَلَسِ لا يَثْبُتُ بِهَا الْحَوْزُ وَإِنِ اتَّفَقَا، إِلا بِبَيِّنَةٍ بِمُعَايَنَتِهِ أَنَّهُ حَازَهُ قَبْلُ....

يعني: إذا وجد بيد من له دين على شخص سلعة للمدين بعد موته أو فلسه وادعى أنها رهن عنده؛ لم يصدق في ذلك ولو وافقه المرتهن؛ خشية أن يتقارر لإسقاط حق الغرماء.

عبد الملك: وفي الْمَوَّازِيَّة والمجموعة: ولا ينفعه ذلك حتى يعلم أنه حازها قبل الموت والفلس. محمد: صوابه لا ينفعه إلا بمعاينة الحوز، وهو الذي ذكر اللخمي أنه لا بد من معاينة البينة لقبض المرتهن، وذكر ابن يونس أول كتاب الرهن قولين؛ أعني: هل يكفي معاينة الحوز أو التحويز؟ واختار الباجي الحوز. قال: ولعله قول محمد، ولكن ظاهر لفظه خلافه.

وذكر ابن عبد السلام عن بعض الأندلسيين: أن الذي جرى عليه العمل عندهم أنه إذا وجد الرهن بيد المرتهن وقد حازه كان رهناً، وإن لم يحضر الحيازة. وفي المقدمات: ولو وجد الرهن بيد المرتهن فادعى أنه قبضه قبل التفليس وجحد ذلك الغرماء؛ جرى الأمر فيه على الاختلاف في الصدقة توجد بيد المتصدق عليه بعد موت المتصدق فيدعي قبضها في صحته. وفي المدونة دليل على القولين جميعاً، ولو لم يتعلق بذلك حق الغرماء لوجب

أن يصدق المرتهن. ويقبل إقراره أنه قد حاز الرهن فيكون إقراره له كشاهد على حقه إلى مبلغ قيمته.

ابن عبد السلام: ولو شهد شاهدان بالحيازة وآخران بعدمها عمل بشهادة الحيازة لزيادتها.

وقول المصنف: (**بِمُعَايَنَتِهِ أَنَّهُ حَازَهُ**) يحتمل كلاً من القولين، لكن المفهوم من المعاينة أنه لا بد من الشهادة على الحوز.

وَكَذَلِكَ يَدُ الأَمِينِ

يعني: فلا يقبل قوله أنه حازه إلا بالبينة، وهكذا نقل الباجي عن ابن الماجشون، واقتصر عليه اللخمي ولم يعزه، وبه قال ابن عتاب، قال: شهادة الأمين في ذلك ضعيفة. وقال سحنون: تقبل شهادة العدل الموضوع على يده الرهن في الدين.

وَلَوْ بَاعَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ نَفَذَ وَأَتَى بِرَهْنٍ مَكَانَهُ

يعني: فلو باع الراهن الرهن قبل أن يقبضه المرتهن نفذ البيع وإن كان لا يجوز له ذلك ابتداء، ولزم الراهن أن يأتي برهن آخر مكان المبيع يوضع إلى أجله. وهذه إحدى روايتي المَوَّازِيَّة، ونقله محمد عن ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم.

والرواية الثانية: أنه لا يلزمه الإتيان برهن، ونقله أيضاً عن ابن القاسم، ونص ابن عبد السلام على أن هاتين الروايتين فيما إذا لم يفرط في الطلب، ونقل عن بعضهم أنه جعل للمرتهن نقض البيع ورد الرهن على ما وقع عليه الشرط أولاً، فإن فات بيد مشتريه كان الثمن رهناً، وظاهر المدونة كالثانية خلاف ما ذكره المصنف، ولفظها: وإن بعت من رجل سلعة على أن يرهنك عبده ميموناً ففارقته قبل قبضه؛ لم يبطل الرهن ولك أخذه منه ما لم تقم الغرماء فتكون أسوتهم، وإن باعه قبل أن يقبضه منه مضى البيع، وليس لك أخذه برهن غيره؛ لأن تركك إياه حتى باعه كتسليمك إياه. فظاهر احتجاجه بقوله: "لأن

تركك إياه... إلخ" راجع إلى سقوط طلب المرتهن لرهن آخر لا إلى نقض البيع. وتأول ابن القصار وغيره المدونة على أن المرتهن فرط في قبض الرهن وتوانى، لقوله: "لأن تركك إياه...إلخ" ولو لم يكن من المرتهن تفريط ولا توان لكان له مقال في رد البيع، فإن [٥١٥/ ب] فات بيد مشتريه كان الثمن رهناً، وكذلك تأولها الشيخ أبو محمد على أنه تراخى في القبض، فإن لم يتراخَ في القبض فبادر الراهن البيع لم يبطل الرهن ومضى البيع وكان الثمن رهناً، وعلى هذا فيتلخص أن البيع يمضي إن كان المرتهن فرط، وإن لم يفرط فقولان، ونص عبد الملك في المجموعة على إمضاء البيع وإن لم يفرط. عياض: وأشار بعض شيوخنا إلى أن هذا فيما كان من الرهن شرطاً في أصل العقد فباعه الراهن بعد التراخي، وأما ما كان بيعه مبادرة لإخراجه من الرهن فينتقض فيه البيع، فإن فات في يد مشتريه بقي الثمن رهناً، وأما ما تطوع به من الرهن بعد العقد فحكمه في بيعه قبل قبضه كحكم بيع الهبة قبل قبضها. ونقله ابن عبد السلام عن غير واحد، وقيد ابن المواز وغيره ما تقدم من إمضاء بيع الرهن ولا طلب له برهن آخر بما إذا أسلم البائع السلعة، ولو بقيت بيده لم يلزمه تسليمها فرط أو لا حتى يأتي برهن.

وَبَعْدَهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَهُ رَدُّهُ فَإِنْ أَجَازَهُ تَعَجَّلَ حَقَّهُ. وَرُوِيَ أَنَّهُ إِذَا بِيعَ بِمِثْلِ الدَّيْنِ وقَدْرِهِ فَأَكْثَرَ مَضَى وتَعَجَّلَ، وإِلا فَلَهُ أَنْ يُجِيزَ أَو يَرُدَّ....

وإن باع الراهن الرهن بعد قبض المرتهن له بغير إذنه؛ فمذهب المدونة: له إجازته ورده، فإن أجاز تعجل حقه. **(وَرُوِيَ... إلخ)** هو لمالك في الموَّازيَّة. وأول صاحب البيان المدونة على وجه تتفق فيه مع الموَّازيَّة، لأنه قال: معنى المدونة أن له رد البيع إذا باعه بأقل من حقه، أو كان الدين عرضاً أنه لا يلزمه قبض العرض قبل حلوله إلا أن يكون من قرض، ونحوه للخمي، ولعل المصنف لهذا لم يصرح بمخالفة الرواية الثانية للأولى، وإلا

فكان يمكنه أن يقول: فإن بيع بأقل من الدين أو بغير جنسه خير المرتهن، وإلا ففي تخييره قولان لابن القاسم ومالك ليكون أخصر.

وقوله في المدونة: وإن أجاز تعجل حقه. قال فيها: شاء الراهن أو أبى، وهو مقيد بأن يحلف أنه إنما أجاز لذلك. صرح بذلك في التلقين، وقوله في الموَّازيَّة: بمثل الدين. أي: في الجنس والصفة والقدر. ابن راشد: وقوله: وإلا يدخل فيه ثلاث صور، وهي واضحة. ونص هذه الرواية عند ابن يونس: وإن باعه بعد الحوز وهو بيد المرتهن أو بيد أمين؛ فإن باعه بمثل الحق فإنه يجعل للمرتهن حقه، وإن لم يحل الأجل وينفذ البيع، ولا حاجة للمرتهن في حقه لأنه مضار إلا أن يباع بأقل من حقه فله أن يرده أو يمضيه ويتعجل الثمن ويطلبه بما بقي.

ابن المواز: وكذلك إن باعه بثمن يخالف حق المرتهن فله نقض البيع. محمد: وقد كان من رواية ابن القاسم وأشهب: أنه إذا باعه بعد الحوز فلا بيع له ويرد والأولى أحب إلي وعليه أصحابه أنه ينفذ بيعه ويتعجل حقه إن بيع بمثل دينه. أشهب: وإن استهلك ثمن الرهن قبل أن يدفعه إلى المرتهن؛ فإن كان عنده وفاء وداه وتم البيع وإلا فللمرتهن رد البيع، وانظر كيف جعل قوله: (**إِنْ بِيعَ بِمِثْلِ الدَّيْنِ**) في الرواية، وإنما هو من قول ابن المواز، وقيد اللخمي ما ذكره في الموَّازيَّة من أن للمرتهن رد البيع إذا بيع بأقل من الدين بما إذا لم يكن ذلك الوقت وقت نفاذ بيعه. قال: وإلا فلا رد له، وإن لم يوف بالدين، لأن المنع ضرر على الراهن من غير منفعة للمرتهن. وعن أشهب: إن لم يجز المرتهن بيعه وفي ثمن الرهن وفاء وللراهن مال؛ فلا يلتفت إليه ويمضي البيع وإلا نقض، وإن أجاز بيعه بغير إذنه إلى أجله ووقف له الثمن رهناً، إلا أن يأتي الراهن برهن ثقة يشبه الذي باع. وقال سحنون: وإن لم يأت برهن يشبه الذي باع عجل له الثمن، إذ لا فائدة في إيقافه، ورواه ابن عبد الحكم عن مالك.

فَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِ وَلَمْ يُسَلِّمْهُ، وَقَالَ: أَذِنْتُ لأَتَعَجَّلَ؛ حَلَفَ وَأَتَى بِرَهْنٍ مَكَانَهُ، فَإِنْ أَسْلَمَهُ بَطَلَ رَهْنُهُ....

يعني: فإن كان بيع الراهن الرهن بإذن المرتهن فإن لم يسلمه للراهن وأبقاه تحت يده، وقال: إنما أذنت له في البيع لإحياء الرهن؛ بأن يكون الثمن رهناً أو يأتي برهن ثقة لا ليأخذ الراهن الثمن؛ حلف المرتهن على ذلك وأتى الراهن برهن ثقة.

قال في المدونة: يشبه الرهن الذي بيع وتكون قيمته كقيمة الرهن الأول فلك أخذ الثمن، وإلا بقي الثمن رهناً إلى الأجل ولم يعجل للمرتهن حقه، ولأشهب في المجموعة إذا باعه الراهن بإذن المرتهن فلا أرى الثمن له رهناً إلا أن يكون المرتهن اشترط ذلك، وإن اشترط عند الإذن أن يقبض حقه؛ فإن ذلك لا يصح وأراه إلى أجله، لأن اشتراط تعجيل الثمن في البيع سلف جر منفعة، وأما إن أسلم المرتهن الرهن للراهن فقد بطل الرهن، لأن دفعه الرهن للراهن دليل على إسقاط المرتهن حقه منه، وهذا مذهب المدونة. وقيل: لا يبطل، بل يحلف المرتهن ويوقف الثمن. وفي المَوَّازِيَّة: إذا أوصل المرتهن الرهن للراهن حتى باعه فبيعه جائز، ولا يعجل الحق كما لو باعه قبل الحوز، وإن قال المرتهن: إنما أوصلت إليك لتعجل لي حقي وأنكر الراهن، فقال أشهب: يحلف المرتهن والقول قوله، ولا يضره قيام الغرماء إن كان ذلك بقرب دفعه إليه، وإن كان ليس بقرب دفعه فقام الغرماء فهم أحق بالثمن.

عياض: وقوله في المدونة: وتكون قيمته كالأول. يدل على أنه إنما يريد مثل الرهن الأول وإن كان زائداً على الدين؛ لأنه قد رضي الأخذ بذلك وعليه عقد عقده، ولهذه الزيادة فائدة، إذ قد تنخفض في الأسواق في الأجل، وقيل: معناه أن يكون الرهن حيواناً أو ما لا يغاب عليه مما لا ضمان على المرتهن فيه فيأتيه بخلافه فيلزمه.

خليل: وظاهر المدونة هو ظاهر من جهة المعنى أنه لا بد من المعنيين، لأن قوله فيها يشبه الرهن الذي بيع، أي: في كونه مما لا يغاب عليه.

وقوله: وتكون قيمته كقيمته. ظاهر في اشتراط مساواة القيمة، والله أعلم.

فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَوْ كَاتَبَهُ [٥١٦/أ] أَوْ دَبَّرَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ أَو بَعْدَهُ فَكَالْبَيْعِ قَبْلَهُ، وَفِيهَا: يَتَعَجَّلُ بَعْدَهُ وَلا يَلْزَمُ قَبُولُ رَهْنٍ....

أي: فإن كان الرهن عبداً فأعتقه الراهن أو كاتبه أو دبره قبل القبض، ولا يريد أنه يجوز له ذلك ابتداء، فإن ذلك لا يجوز، نص عليه في المدونة وغيرها، وإنما مراده لو فعل.

وظاهر قوله: (**كَالْبَيْعِ قَبْلَهُ**) أنه يمضي ما فعله ويأتي برهن ثقة، ويحتمل أن يريد بقوله:(فكالبيع) أي: في لزوم فعله وتعجيل الحق، ويكون قوله بعد هذا: (**وَفِيهَا: يَتَعَجَّلُ... إلخ**). بياناً لذلك، وهذا الوجه وإن كان بعيداً من لفظه إلا أنه ينبغي أن يعتمد عليه هنا، لأن النقل لا يصحح الوجه الأول، وسيظهر لك ذلك.

وقوله: (**أَوْ بَعْدَهُ**) يحتمل بعد القبض وهو ظهر لفظه، ويحتمل بعد ما فعله من عتق أو كتابة أو تدبير، وهذا الثاني أقرب لما في المدونة؛ لأنه لم يذكر فيها قبضاً، ففيها: ومن رهن عبداً ثم كاتبه أو عتقه جاز ذلك إن كان ملياً وعجل الدين. زاد في رواية ابن عتاب: أن يكون في ثمن الكتابة إذا بيعت وفاء الدين فتجوز الكتابة. ثم قال فيها: وإن دبره بقي رهناً، لأن للرجل رهن مدبره. وروى ابن وهب عن مالك: التدبير مثل العتق، ويعجل له دينه، وعلى هذا ففي نقل المصنف لمذهب المدونة نظر، لأنه ترك رواية ابن القاسم.

فإن قلت: لعله اختار رواية أشهب كما اختارها سحنون وغيره، لأن ما رواه ابن القاسم فيه احتمال إبطال التدبير لإعسار السيد بالثمن عند الأجل، قيل: ولو اختارها لكان ينبغي أن ينبه على رواية ابن القاسم.

فإن قلت: فلم عجل الدين في العتق والكتابة ؟ **قيل**: لأنهم عدوه بقوله راضياً بتعجيل الدين، لأن الرجوع في الرهن لا يجوز والرد في الرق لا يجوز، فلم يبق إلا تعجيل الدين. وقلنا: النقل لا يصحح الوجه الأول؛ لأن كلام المصنف يشتمل على ست مسائل، إذ كل من العتق والكتابة والتدبير صورتان؛ إحداهما قبل قبض المرتهن. والثانية بعده.

وإذا حملنا كلامه على ظاهره يلزمه أن يكون الحكم في الستة أنه يمضي فعله ويأتي برهن ثقة. ولنذكر ما في ذلك قبل القبض وبعده، أما قبل القبض فلم يصرح أحد فيما رأيت بالإتيان برهن، بل نص أشهب على أنه لا يلزم الإتيان برهن، وظاهر المدونة: أنه يعجل الحق في الكتابة دون التدبير كما تقدم، إذ لم يفرق فيها بين قبل القبض ولا بعده، وصرح ابن القاسم بذلك في العتبية، خلافاً لرواية ابن وهب أنه يجعل فيها كما تقدم، ونقل اللخمي في العتق والكتابة والإيلاد والتدبير قبل الحوز قولين:

أولهما لابن القاسم في العتبية: أن بيعه قبل الحوز أو عتقه أو وطئه أو هبته أو صدقته جائزة، ويؤخذ ما عليه من الدين ويقضي صاحبه، وإن لم يكن موسراً لم يجز شيء إلا أن يولد أو يبيع.

والثاني: أن ذلك لا يعد رضى ولا يعجل الدين، قال: ويختلف على القول بأن ذلك ليس برضى في البيع، هل يعجل الثمن الذي بيع به، أو يأخذه الراهن ولا شيء للمرتهن فيه. انتهى.

اللخمي: وقال أشهب في المَوَّازِيَّة: أما الكتابة والتدبير؛ فللمرتهن أن يقبض رهنه فيكون محوزاً وهو مكاتب أو مدبر وتكون الكتابة رهناً ولا تكون خدمة المدبر رهناً، وقد قال محمد: والكتابة مثل الخدمة. اللخمي: يريد ويأخذ السيد كلما حل نجم، فإن أدى كان حرًّا ولا شيء فيه للمرتهن، وإن عجز كان رهناً. ويصح كلام المصنف في العتق على ما تقدم عن ابن المواز؛ لأنه قال: تعدي الراهن في العتق كتعديه في البيع عند مالك قبل

القبض أو بعده، وقد تقدم أن في إحدى الروايتين أنه لا يلزمه أن يأتي برهن آخر، وأما بعد القبض فقد تقدم ما في المدونة، ولم أر من قال بالإتيان برهن آخر إلا الأبهري، فإنه قال بذلك في العتق خاصة، وهكذا قال ابن راشد، وألزمه اللخمي أن يكون في الإيلاد كذلك، وقال أشهب مثل ما قدمناه عنه، ونص قوله في ابن يونس: وقال أشهب: هما - أي الكتابة والتدبير - مثل العتق؛ إن كان ملياً أخذ منه الحق معجلاً إن كان ذلك بعد الحيازة، وإن لم يكن ملياً بقي ذلك بيد المرتهن بحاله، فإن أدى الدين نفذ ما صنع الراهن، وإن لم يؤده بطل صنعه وبيع ذلك، وإن كان في بعض ثمنه وفاء؛ بيع في العتق بقدر الدين وعتق الباقي. أشهب: وأما في الكتابة والتدبير والولادة فيباع ذلك كله ويكون قبض ثمنه لسيده، إذ لا يكون بعض أم ولد ولا بعض مكاتب ولا مدبر. ابن يونس: وقال ابن المواز: وأما في الكتابة والتدبير فيبقى رهناً بحاله؛ لأن الكتابة مما يباع وإن تم الأجل وفيها وفاء بيعت وإن كان فيها فضل لم يبع منها إلا قدر الدين، وإن لم يكن فيها وفاء إلا ببيع الرقبة بيعت الرقبة، وكذلك المدبر إذا حل الأجل بيع كله ولا يجوز بيع شيء منه على أنه مدبر على حاله لا على أن يقاويه فيه، وأما إذا أولد الراهن الأمة فيجوز بيع بعضها ويبقى باقيها بحساب أم الولد، وكذلك يباع بعض المدبر على أنه رقيق للمبتاع ويبقى باقيه مدبراً؛ لجواز تدبير أحد الشريكين نصيبه بإذن شريكه، ولا يجوز ذلك في الكتابة.

وَقَالَ أَشْهَبُ: وَلَهُ أَنْ يَتَمَسَّكَ بِالْمُكَاتَبِ وَالْمُدَبَّرِ وَيَسْتَوْفِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ، وقَالَ مُحَمَّدٌ: مِنْ ثَمَنِهِ إِنْ عَجَزَ....

ظاهره أن أشهب يخيره، فإن شاء تعجل حقه، وإن شاء تمسك بالمكاتب والمدبر ويستوفي من كتابته، يعني: بخلاف خدمة المدبر فإنها لا تكون رهناً كما تقدم. وحكى ابن يونس عن بعضهم أنه اتفق ابن القاسم وأشهب على أنه إذا كاتب العبد وهو موسر أنه يؤدي الدين وتتم الكتابة، وهو يناقض ما حكاه المصنف عن أشهب، لكن قد [٥١٦/ ب]

تقدم عن أشهب من كلام اللخمي مثل ما حكاه المصنف، وهو قوله: وقال أشهب في المَوَّازِيَّة: أما الكتابة والتدبير فللمرتهن أن يقبض رهنه فيكون محوزاً وهو مكاتب ومدبر وتكون الكتابة رهناً، لكن إنما قال أشهب هذا قبل القبض، وأما بعده فقال: يعجل الحق إن كان ملياً، وهذا لا يؤخذ من كلام المصنف.

اللخمي: وقال محمد: والكتابة مثل الخدمة، يريد فيأخذ السيد كلما حل نجم، فإن أدى كان حرًّا ولا شيء فيه للمرتهن، وإن عجز كان رهناً. انتهى.

وهذا الذي حكاه المصنف عن محمد بقوله: وقال محمد: من ثمنه إن عجز، أي: وقال محمد يستوفي من ثمنه إن عجز ولا شيء له من نفس الكتابة.

اللخمي: وعلى قول أشهب كلما حل نجم أخذه المرتهن من دينه؛ إذ لا فائدة في وقفه، فإن وفى أو عجل الكتابة كان حرًّا وإن كان الدين أكثر من الكتابة، وإن عجز كان رهناً في الباقي. انتهى.

وقيد ابن يونس قول محمد بما إذا لم يوف ثمن الكتابة بالدين، قال عنه ابن يونس. ابن المواز: وأما في الكتابة والتدبير فيبقى رهناً بحاله؛ لأن الكتابة مما يباع، فإن تم الأجل وفيها وفاء بيعت، وإن كان فيها فضل لم يبع منها إلا بقدر الدين، وإن لم يكن فيها وفاء إلا ببيع الرقبة بيعت الرقبة. انتهى.

وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً بَقِيَ رَهْناً، وَمَتَى أَدَّى مَا عَلَيْهِ مِنْهُ أَوْ مِنَ الْعَبْدِ أَوْ مِنْ أَجْنَبِيٍّ نَفَذَ

أي: فإن كان الراهن معسراً. ودل كلامه هذا على أن كلامه السابق مقيد باليسير. قال في المدونة: وإن أعتق وهو عديم بقي العبد رهناً، فإن أفاد ربه قبل الأجل مالاً أخذ منه الدين ونفذ العتق. وقال بعد هذا: وإذا أعتق المديان عبده وأراد الغرماء رده رد العتق وبيع، إلا أن يقول لهم العبد: خذوا دينكم، أو يتبرع لهم بذلك أجنبي فإنه ينفذ العتق،

فالضمير في (**مِنْهُ**) عائد على الراهن وهو ظاهر، ولا إشكال في هذا إذا أعطى العبد ذلك على ألا يرجع به على السيد، وأما إن أداه ليرجع به عليه؛ فنقل ابن يونس عن بعضهم أنه قال: ينبغي أن يكون ذلك للعبد؛ لأن الغرماء لو شاءوا أن يصبروا بدَيْنِهم ويجيزوا عتقه كان ذلك لهم، إلا أن يقال: إن عتقه في العبد لم يكن عتقاً يتم إلا بقضاء الدين، فصار كأنه أدى الدين، وهو في ملك سيده، وفي هذا نظر؛ لأن السيد لو أعتقه وللعبد على سيده دين ولم يكن استثنى ماله لوجب أن يجوز عتقه وبقي دينه في ذمة سيده، وليس له أن يرد عتق نفسه لأجل مال على سيده؛ إذ لو رده لكان للسيد أخذ ماله ولا تكون له فائدة في ذلك، كما قال: إذا زوج أمته لعبده وقبض صداقها واستهلكه ثم أعتقها قبل البناء؛ أنه لا خيار لها، لأن ثبوت الخيار يسقطه. انتهى باختصار.

ونقل بعض من تكلم على هذا الموضع قولين؛ **أحدهما**: أنه لا يرجع على السيد. **والثاني** لابن رشد، قال: والصواب أنه يرجع؛ لأن الراهن لما تعدى فقد رضي ببقاء الدين في ذمته.

فَإِذَا تَعَذَّرَ بَيْعُ بَعْضِهِ بَعْدَ الأَجَلِ بِيعَ جَمِيعُهُ، وَمَا بَقِيَ لِلرَّاهِنِ مِلْكٌ

يعني: إذا أعتق وهو معسر وبقي العبد رهناً إلى الأجل؛ فإنه يباع منه عند الأجل بقدر الدين إن وجد من يشتري ذلك وأعتق ما بقي. قال أشهب: وإن لم يجد بيع كله وقضى الدين وكان لربه ما بقي يصنع به ما شاء، لأن الحكم لما أوجب بيع جميعه صار ثمنه كله للراهن، ولو قيل بجعله في جزء حرية ما بعد، كما قالوا فيمن أعتق تطوعاً أو أهدى أو أخذ أرشاً. قال أشهب: وإنما يباع بقدر الدين في العتق، وأما في الولادة والتدبير والكتابة؛ فيباع كله ويكون فضل ثمنه لسيده، إذ لا يكون بعض أم الولد ولا بعض مكاتب ولا بعض مدبر.

وَمُعِيرُ الرَّهْنِ إِذَا أَعْتَقَهُ كَذَلِكَ

يعني: أن من أعار عبداً لمن يرهنه فرهنه المستعير ثم أعتقه المعير؛ فإن كان المعير ملياً نفذ العتق، وقيل له: عجل الدين لربه إذ أفسدت عليه رهنه. قال في المدونة: إلا أن تكون قيمة العبد أقل من الدين فلا يلزمه إلا قيمته ويرجع المعير على المستعير بما أدى بعد محل الدين لا قبله، وخالف أشهب في هذا ولم يره كمن أعتق عبده بعد أن رهنه ورآه مثل الذي أعتق عبده بعد أن جنى، فيحلف المعير ما أعتقه ليؤدي الدين ويبقى رهناً حتى يقضيه حقه من ثمنه إن بيع، أو يفدى فينفذ فيه العتق، فإن نكل غرم الأقل من قيمته أو الدين ونفذ عتق العبد، ورجح محمد الأول بأن الجناية أخرجت العبد من ملك ربه إلا أن يفديه بخلاف المعير، فإن العبد لم يخرج من ملكه، وإلى أن المعير لم يكن له أن يطالب المستعير بما أدى إلا بعد أجل الدين. أشار المصنف بقوله:

وَإِذَا عَجَّلَ الْمُعِيرُ لِلْمُرْتَهِنِ رَجَعَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ بَعْدَ الأَجَلِ

لأن المستعير إنما التزم أداء الدين بعد أجل الدين بعد حلول الأجل ولم يفعل شيئاً يوجب عليه التعجيل.

وَيُمْنَعُ مِنَ الْوَطْءِ، فَإِنْ فَعَلَ فَحَمَلَتْ فَالْوَلَدُ يُنْسَبُ مُطْلَقاً، ثُمَّ إِنْ كَانَ غَصْباً فَكَالْعِتْقِ...

يعني: ويمنع الراهن من وطء الأمة المرهونة؛ لأن وطأه لها تصرف في الرهن مبطل للحيازة، فإن وطئ فحملت فالولد ينسب؛ أي: الابن له مطلقاً، أي: سواء كان غصباً أم لا، كانت تخرج أم لا.

ثم إن كان غصباً فكالعتق؛ أي: فيلزمه تعجيل الدين أو قيمة الأمة إن كانت أقل إن كان ملياً، وإن كان معسراً بيعت الجارية بعد الوضع. ابن يونس: وحلول الأجل، ولا

يباع ولدها لما تقدم أنه حر ينسب. ابن عبد السلام: ولم يقولوا إذا نقص ثمنها عن الدين أن الراهن يغرم الأقل من قيمة الولد أو بقية الدين مع أن الولد الحادث بعد الرهن داخل في حكم الرهن، ولو قيل به لما بعد. وفي مسائل الأمة المستحقة والمعارة وما يلاحظه. أشهب: وإن وجد من يبتاع منها بقدر الدين؛ فعلت وأعتقت ما بقي، [٥١٧/ أ] وإن لم يوجد استُؤْنِي إلى الأجل، فإن وجد أيضاً ذلك، وإلا بيعت وقضى الدين، وكان ما بقي لربها يصنع به ما شاء، وهذا مأخوذ من قول المصنف فكالعتق.

فائدة: تباع أم الولد هنا، وفي خمس مسائل:

الأولى: الأمة الجانية إذا وطئها السيد بعد علمه بالجناية وهو عديم، فإنها تسلم للمجني عليه.

الثانية: الابن يطأ أمة من تركة أبيه وعلى الأب دين يغترق التركة والابن عديم وهو عالم بالدين حالة الوطء.

الثالثة: أمة المفلس إذا وقفت للبيع ووطئها وحملت.

الرابعة: أمة الشريكين يطأها أحدهما وهو معسر.

الخامسة: إذا وطئ العامل أمة القراض فحملت وكان معسراً. ويمكن أن تجعل هذه المسألة فائدة من وجه آخر، بأن يقال: توجد أمة حامل بحر في ست مسائل،فإن قلت: هل يتصور عكس هذا؛ بأن يكون العبد في بطن الحرة ؟ قيل: نعم، وذلك إذا وطئ العبد جارية له وحملت وأعتقها ولم يعلم السيد بعتقه لها حتى أعتقه، فإن عتق العبد أمته ماضٍ وتكون حرة والولد الذي في بطنها عبد؛ لأنه للسيد. قال في الجلاب: فلو أعتقها بعد عتقه لم تعتق حتى تضع حملها، والله أعلم.

وَإِنْ كَانَتْ مُخَلاةً تَذْهَبُ وتَجِيءُ؛ فَقِيلَ: يُنْتَقَضُ، وَقِيلَ: كَالْغَاصِبِ

هذا قسيم قوله: **(إِنْ كَانَ غَصْباً)** يعني: وإن لم تكن موطوءة على وجه الغصب بل كانت مخلاة تذهب وتجيء في حوائج المرتهن فوطئها الراهن بغير إذنه؛ فالمشهور: أنه ينتقض الرهن، وجعلوا كونها مخلاة كالإذن في الوطء. وقيل: كالغصب وهو قول مالك في المدونة. فتباع دون الولد، يريد: تباع بعد الأجل والوضع، إلا أن يكون له مال، وبه قال سحنون واختاره اللخمي؛ لأن الراهن في كلا الحالتين ممنوع من الوطء.

وَيُمْنَعُ الْعَبْدُ مِنْ وَطْءِ أَمَتِهِ الْمَرْهُونِ هُو مَعَهَا

يعني: أن السيد إذا رهن عبداً في دين وللعبد أمة أدخلها سيد العبد في الرهن لم يكن للعبد أن يطأ أمته؛ لأن ذلك يشبه الانتزاع، لأنه عرض كل واحد من العبد والأمة للبيع وقد يباعان مجتمعين ومنفردين. وقلنا: يشبه الانتزاع؛ لأنه ليس انتزاعاً حقيقة، لأن المشهور إذا فكهما السيد من الرهن فللعبد أن يطأ بالملك السابق، ولو كان انتزاعاً حقيقة لافتقر إلى تمليك ثان، كما قاله ابن المواز، وإذا منع العبد من وطء أمته المرهون هو معها فمن باب أولى أن يمتنع إذا رهنه السيد فقط، وأما إذا رهنه فقط؛ فأجاز له في الْمَوَّازِيَّة أن يطأ أمته وأم ولده إذا لم يكن المرتهن اشترط أن يكون ما له معه رهناً، وأما إن اشترط ذلك فلا. وقال بعضهم: إذا ارتهن عبداً وشرط أن ما له معه رهن معه وللعبد جارية أن للعبد أن يطأها، بخلاف ما لو رهنه هو وجاريته. ابن يونس: وهو خلاف ما في المدونة.

وقول المصنف: **(الْمَرْهُونِ)** يجوز أن يكون صفة للأمة، ويكون حينئذ صفة جرت على غير من هي له، ولذلك أبرز الضمير في قوله: **(الْمَرْهُونِ هُوَ مَعَهَا)** ويجوز أن يرفع صفة للعبد ولا يحتاج على هذا إلى إبراز الضمير، والله أعلم.

وَإِذَا زَنَى الْمُرْتَهِنُ بِهَا حُدَّ وَلا يَنْفَعُهُ دَعْوَى الْجَهْلِ

لأن المرتهن لا ملك له فيها، والمرتهن والأجنبي فيها سواء، ولا يعذر بشبهة الارتهان. قال في المدونة: لا يلحق بالمرتهن الولد ويكون مع الأم رهناً، وعليه ما نقصها العبد، بكراً كانت أو ثيباً إذا أكرهها، وكذلك إذا طاوعته وهي بكر؛ يعني: بخلاف الثيب. وقال أشهب: لا شيء عليه في المطاوعة، وإن كانت بكراً كالحرة.

وفرق لابن القاسم: بأن الوطء هنا جارٍ على ملك السيد، وصوبه ابن يونس وغيره أن عليه ما نقصها في الوطء، وإن كانت ثيباً؛ لأنه إذا كان عليه ما نقصها في الإكراه مع كونها لا تعد زانية، فالطوع الذي تعد فيه زانية أولى.

واحتجوا لذلك بما في كتاب المكاتب أن على الأجنبي ما نقصها على كل حال، والمرتهن أجنبي، وقد حكى ابن رشد وغيره هذه الأقوال الثلاثة، ولا خلاف أن عليه في الإكراه ما نقصها.

فرع:

قال في المدونة: ولو اشترى المرتهن هذه الأمة وولدها لم يعتق عليه الولد؛ لأنه لم يثبت نسبه منه.

وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِ لَمْ يُحَدَّ وَلَزِمَتْهُ قِيمَتُهَا حَمَلَتْ أَوْ لا، دُونَ قِيمَةِ الْوَلَدِ

يعني: فإذا كان وطء المرتهن للجارية بإذن الراهن لم يحد، وكان القياس أن يحد إلا أنهم راعوا خلاف عطاء بن أبي رباح، فإنه كان يجيز التحليل ابتداء.

وقوله: (**وَلَزِمَتْهُ قِيمَتُهَا**) إنما لزمته لتتم له الشبهة، والله أعلم.

وَيَخْتَصُّ الْمُرْتَهِنُ عَنِ الْغُرَمَاء

هذه هي فائدة الرهن، ولو لم يختص المرتهن بالرهن لكان وجود الرهن كعدمه، والاختصاص مقيد بما إذا لم يكن هناك أحق منه، كما إذا اكترى أرضاً ورهن زرعها ثم انهارت بئرها وأصلحها أجنبي وأحيا الزرع؛ فإنه أحق من المرتهن كما سيأتي.

وَلا يَسْتَقِلُّ الْمُرْتَهِنُ بِالْبَيْعِ إِلا بِإِذْنٍ بَعْدَ الأَجَلِ

يعني: أن اختصاص المرتهن بالرهن لا يوجب له التصرف فيه، ولا بيعه بعد أجل الدين إلا أن يأذن له في ذلك بعد أجل الدين. **ابن راشد**: ولا خلاف في ذلك، وإنما لم يكن للمرتهن البيع؛ لأن الأصل ألا يباع ملك الإنسان إلا بعد سبب يوجب بيعه.

وقوله: (**وَلا يَسْتَقِلُّ**) أي: لا ينفرد، بل يرفع إلى الحكام ليطالب الراهن أو يكلفه البيع، فإن امتنع باع عليه.

واعترض قول المصنف: (**إِلا بِإِذْنٍ بَعْدَ الأَجَلِ**) لأنه لو أذن بعد عقد الرهن وقبل الأجل جاز له بذلك البيع كبعد الأجل، قاله صاحب البيان وابن زرقون، [٥١٧/ ب] ولكن نقل المتيطي عن بعض الموثقين منعه، لأنه هدية المديان.

وَلا يَضُرُّ اتِّحَادُ الْقَابِضِ والْمُقْبِضِ

لما ذكر أنه يجوز أن يبيعه المرتهن بالإذن بعد الأجل، ذكر هذا كالجواب عن سؤال مقدر؛ كأن قائلاً قال: كيف يصح أن يوكل مع كونه يبقى قابضاً مقبضاً؟ فأجاب بأن ذلك لا يمنع الصحة؛ لأنه قابضٌ باعتبارٍ مقبضٌ باعتبارٍ، فكان ذلك بمنزلة شخصين، لأن الراهن لما وكله على البيع كان وكيلاً على قبض الثمن ثم يقبضه لنفسه، فكونه مقبضاً عن الراهن سابق على كونه قابضاً لنفسه، إلا أن قبضه للراهن حسيٌّ وقبضه لنفسه حكمي بنية خاصة.

ابن عبد السلام: وهل هذه السبقية خاصة بالزمان أو بالعلة ؟ فيه نظر. وعلى الأول يجب بسقوط الثمن عن المرتهن إذا شهدت البينة بهلاكه إثر قبضه بخلاف الثاني، ولم أرها لهم.

فَإِنْ أَذِنَ قَبْلَهُ فَبَاعَ رُدَّ مَا لَمْ يَفُتْ، وقِيلَ: يَمْضِي، وقِيلَ: فِي التَّافِهِ، وَقِيلَ: إِنْ عَسُرَ الْوُصُولُ إِلَى الْحَاكِمِ....

قوله: (**قَبْلَهُ**) يريد: قبل عقد الرهن، وأما بعده وقبل الأجل فهو ماض لبعد الأجل.

وحكاية المصنف الخلاف في الإمضاء يدل على منع الوكالة ابتداء.

وقد اختلف في جوازها في عقد الرهن بعد الوقوع على ثلاثة أقوال:

الجواز وهو قول القاضي إسماعيل، وابن القصار، وعبد الوهاب. والمنع هو قول ابن نافع، وأشهب وغيرهما. والكراهة لابن زرقون، وهو قوله في المدونة وغيرها، ولم يصرح بالكراهة في المدونة لكن فهم من إمضاء البيع بمجرد العقد، وكذلك فهم اللخمي، ورده المازري لجواز أن يكون إنما أمضاه بالعقد مراعاة لخلاف أبي حنيفة، فإنه يجيز ذلك، وقد وقع في البيوع ما يمنع ابتداء، فإذا وقع مضى.

ومنشأ الخلاف: هل يقال: إن عدم بيع الرهن إنما هو من حق الراهن، فإذا أذن في البيع جاز، أو يقال: الوكالة على البيع إذا كانت للمرتهن تشتمل على معنيين متضادين؛ لأن الراهن يحرص على الاستقصاء في بيع الرهن والمطاولة في الاجتهاد فيه والنداء عليه، والمرتهن يحرص على ضد ذلك من سرعة بيعه ليأخذ حقه، فلما اشتملت على متضادين بطلت من أصلها، ومن كره توسط بين الدليلين.

تفريع:

لا إشكال على الجواز في إمضاء بيعه، وأما على الكراهة والتحريم؛ فقال ابن زرقون: أما ما لا بال له أو ما يخشى فساده؛ فيمضي بيعه بالاتفاق، وكذلك حكى المازري وابن

يونس الاتفاق على الإمضاء فيما لا بال له، وهو يخالف ما حكاه المصنف، لأنه عمم الخلاف؛ لأنه لما ذكر القول الثالث بالتفصيل بين التافه وغيره علم أن غيره من الأقوال مطلقاً، ولم يجعل ابن يونس الإمضاء فيما يخشى فساده متفقاً عليه، وتبع المصنف ابن شاس، فإنه حكى الأربعة الأقوال التي ذكرها المصنف، وتصورها من كلام المصنف بيِّن.

وحكى جماعة فيما له بال ثلاثة أقوال:

الأول: مذهب المدونة الإمضاء، وهو مذهب مالك في العتبية، وبه قال أصبغ. قال مالك في العتبية: وسواء فات أو لم يفت، لأنه بيع بإذن ربه.

الثاني لمالك أيضا في العتبية: أنه يمضي ما لم يفت، هكذا حكى ابن زرقون هذا القول، وتأوله صاحب البيان على أنه يمضي في العروض ويرد في الأصول إلا أن يفوت، واستبعد ابن زرقون هذا الفهم، قالا: والمراد بقوله: إلا أن يفوت. أي: بما يفوت به البيع الفاسد.

الثالث: أنه يرد مطلقاً، وإن فات عند المشتري لزم المرتهن الأكثر من القيمة أو ما باعه به، وهو مذهب الموَّازيَّة. وحكى في البيان عن أشهب رابعاً: بالإمضاء في العروض والرد في الأصول، فات أولم يفت.

قال في البيان: وكل من قال بالإمضاء فإنما قال بذلك إذا أصاب وجه البيع، وأما إذا باع بأقل من القيمة فله أخذه من المشتري، وإن تداولته الأملاك فله أن يأخذه بأي الأثمان شاء كالشفيع. وهذا الخلاف كله مقيد بألا يفوض إليه في بيع الرهن، وأما لو فوض لمضى بيعه اتفاقاً، قاله المتيطي. وإن جعل الراهن للمرتهن بيع الرهن دون مؤامرة الحاكم، وأنه أحله في ذلك محل نفسه ومحل الوكيل المفوض، وأنه ليس له عزله؛ أن له البيع بذلك، قاله في الوثائق المجموعة بعشرة شروط: خمسة تلقى من إقرار الراهن، وهي: إقراره بالدين، وبالوكالة،

والتفويض، وأنه مصدق في الثمن، وفي الاقتضاء بغير يمين. وخمسة تثبت بالبينة: ملك الراهن، واستمرار ملكه إلى حين القبض، وحوزه من يده بالقبض، والصلاح، والسداد في الثمن. وقال ابن راشد: اختلف هل عليه إثبات ملك الراهن للرهن على قولين.

وقوله: (**وَقِيلَ: إِنْ عَسُرَ الْوُصُولُ إِلَى الْحَاكِمِ**) هذا لأشهب، ونصه على ما نقله جماعة، وأما ببلد لا سلطان فيه أو فيه سلطان يعسر تناوله فبيعه جائز إذا كان بيعه صحيحاً. أشهب: وإن كان الرهن مما يسرع إليه الفساد مقتاتاً أو تمراً أو قصباً باعه من غير أمر السلطان؛ لأن حسبها فساد، وجعله المصنف خلافاً، والذي يؤخذ من كلام اللخمي والمازري وغيرهما: أنه وفاق، وأنه إذا أعسر الوصول إلى الحاكم باع بحضرة العدول. ونص المازري على أن إحضار العدول من باب الأولى، ونص في البيان على أن قول أشهب تفسير، نعم نقل عن غيره أنه خلاف، وعليه يأتي كلام المصنف ونصه: وقال أشهب: إذا كان الرهن مقتاتاً أو تمراً أو قصباً يُجْنَى شيئاً بعد شيء فيخشى عليه الفساد فبيع المرتهن له جائز دون مؤامرة سلطان ولا ملأ ولا جماعة.

وقوله: (**عِنْدِي**) مفسر، وحمله بعضهم على أنه خلاف مذهب مالك في رواية ابن القاسم عنه في المدونة وغيرها.

وَيَسْتَقِلُّ الأَمِينُ فِيهِ إِذَا أَذِنَ لَهُ قَبْلَ الأَجَلِ وَبَعْدَهُ

حاصل [٥١٨/أ] كلامه: أن الأمين ليس كالمرتهن، بل له أن يبيع من غير مؤامرة الحاكم قبل الأجل وبعده. وعلى هذا فالمساواة بينهما حاصلة إذا كان الإذن بعد الأجل ويختلفان إذا كان الإذن قبله، وهكذا ذكر ابن شاس والمازري، وهذا لبعد التهمة في الأمين.

فإن قلت: مقتضى كلام المازري المساواة؛ لأنه بعد أن ذكر الجواز في الأمين قال والخلاف جار في الأمين كما في المرتهن، وكذلك هو ظاهر كلام اللخمي، **فالجواب**: أن كلاً منهما محمول على ما إذا وكل المرتهن أن يبيع ما تحت يد الأمين، وذلك ظاهر من كلامهما.

فرعان:

الأول: إذا وكل وكيلاً على بيع الرهن، فهل يكون للراهن عزله أم لا ؟

عندنا قولان، واقتصر ابن الجلاب على أنه لا يعزله إلا بإذن المرتهن. قال في البيان: وهو ظاهر المذهب. وأشار اللخمي إلى أن من يجيز الوكالة ابتداء يمنعه من العزل، وفيه نظر. ألا ترى أن القاضي إسماعيل يجيز الوكالة، وقد اختلف قوله في جواز العزل، فحكى الباجي والمتيطي وصاحب البيان عنه جواز العزل، وحكى اللخمي والمازري منعه منه، والله أعلم.

الثاني: قال في المدونة: إذا أمر السلطان رجلاً ببيع الرهن ليقضي المرتهن حقه، فباعه ثم ضاع الثمن من يده؛ لم يضمنه المأمور وصدق في ضياعه، فإن اتهم حلف، وكان الثمن من الذي له الدين. قال بعض القرويين: إنما يكون ضياع الثمن من الذي له الدين على قول ابن القاسم إذا ثبت بيع المأمور للرهن ببينة، وإن لم يثبت بيعه إلا بقوله؛ فإن الراهن لا يبرأ من الدين؛ لأن صاحب الدين لم يأتمنه على البيع، وخالفه غيره وقال: ذلك سواء، وضمان الرهن من المرتهن.

ابن يونس: وهذا هو الصواب، وعليه يدل ظاهر الكتاب، ولأنه جعل السلطان أميناً لهما على بيعه فوجب سقوط ضمانه وقبول قوله، ولو ضاع الرهن قبل بيعه لكان على قول ابن القاسم من ربه، وعلى قول ابن الماجشون من الذي له الدين، وهذا كاختلافهم في مال المفلس الموقوف للغرماء.

مَا لَمْ يَكُنْ فِي الْعَقْدِ شَرْطٌ

لم يثبت هذا في كل النسخ، وهو راجع إلى قوله: (**وَيَسْتَقِلُّ الأَمِينُ**) أي: ويستقل إلا أن يكون ذلك شرطاً في العقد، ومراده بذلك ما قاله صاحب الجواهر، لكن عبارته لا تفي بذلك. قال: ولو أذن الراهن للعدل وقت الرهن في البيع عند الأجل جاز، فلو قال

الراهن لمن على يده الرهن من مرتهن أو عدل: إن لم آت إلى أجل كذا فأنت مسلط على بيع الرهن؛ فلا يبيعه إلا بأمر السلطان، فإن باعه بغير أمره نفذ. انتهى. ونحوه في المدونة، ونصها: ومن ارتهن رهناً وجعلاه على يد عدل أو على يد المرتهن إلى أجل كذا واشترطا إن جاء الراهن بحقه إلى ذلك الأجل، وإلا فلمن على يده الرهن بيعه، فلا يبيعه إلا بأمر السلطان، وإن شرط ذلك فإن بيع نفذ بيعه ولم يرد، وإنما لم يجز البيع هنا للأمين إلا بإذن السلطان؛ لأنه قيد البيع بإن لم يأتِ، ومن الجائز أن يكون أتى أو حاضراً معه في البلد، فلذلك لا بد من نظر السلطان بخلاف الأولى، فإنه قد أذن فيها إذناً مطلقاً.

وَإِذَا امْتَنَعَ الرَّاهِنُ بَاعَ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ

وإذا رفع المرتهن الأمر إلى الحاكم أمره بالوفاء، فإن لم يكن عنده شيء، قال صاحب البيان: إن ألدَّ أو غاب باع الحاكم عليه الرهن بعد أن يثبت المرتهن عنده الدين والرهن. قال في البيان: واختلف هل عليه أن يثبت ملك الراهن له على قولين يتخرجان على المذهب، وذلك عندي إذا أشبه أن يكون له، وأما إن لم يشبه كرهن الرجل حليًّا أو ثوباً لا يشبه لباسه، وكرهن المرأة سلاحاً فلا يبيعه السلطان إلا بعد إثبات الملك، وإن لم يكن سلطان باعه بحضرة العدول ونفذ البيع. هذا في العروض، وأما العقار يبيعه بحضرة العدول بغير أمر السلطان؛ فله أن يأخذه من يد المشتري، وأن يبيع بالقيمة. انتهى.

ونحوه في المتيطية، وظاهر ما تقدم من كلام اللخمي والمازري: أنه إذا لم يكن سلطان وعسر إطلاعه؛ أن يمضي البيع بحضرة العدول في العقار وغيره، وهكذا قال ابن راشد: أن اللخمي لم يفرق بين عقار وغيره.

فرعان:

الأول: قال ابن عبدوس: إذا أمر الإمام ببيع الرهن فاليسير يباع في مجلس وفي الكثير الأيام، وما كان أكثر منه ففي أكثر من ذلك، وأما الجارية الفارهة والدار والثوب الرفيع فيبقى ذلك حتى يشتهر، وربما نؤدي على السلعة الشهرين والثلاثة، وكل شيء بقدره.

الثاني: إذا أمر الإمام ببيع الرهن فبيع بغير العين، فقال ابن القاسم في المدونة: لا يجوز ذلك. وقال أشهب: إن باعه بمثل ما عليه وإن لم يكن فيه فضل جاز، وإن كان فيه فضل لم يجز بيع ذلك الفضل، والمشتري بالخيار فيما بقي إن شاء رد الشركة، وإن باعه بغير ما عليه لم يجز.

وَيَرْجِعُ الْمُرْتَهِنُ بِنَفَقَةِ الرَّهْنِ أَذِنَ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ

تصور المسألة ظاهر، ووجهها: أنها لما كانت الغلة للراهن وجب أن تكون النفقة عليه.

المازري: واختلف الأشياخ إذا كان الرهن عبداً وأبق وطلبه من عادته طلب الإباق، هل يأخذ الجعل من الراهن وهو الأصل، أو من المرتهن لأن المنفعة إنما هي عائدة عليه؟ على قولين، والأول قول سحنون. وكذلك اختلف في الجعل على البيع إذا كان الراهن غائباً؛ فروى أبو زيد وعيسى عن ابن القاسم: أنه على المرتهن لأنه طالب البيع، وقال أصبغ [٥١٨/ ب] وعيسى: بل على الراهن. وخالفا ما رواه أشهب، وليس للراهن أن يمنع المرتهن أن ينفق على الرهن؛ لأنه يهلك إن كان حيواناً ويخرب إن كان رباعاً.

وقوله: (**أَذِنَ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ**) يريد لأنه قام عنده بواجب.

واعلم أن النفقة تتعلق بذمة الراهن إذا أذن باتفاق، واختلف إذا لم يأذن؛ فقال ابن القاسم: وهو كما لو أذن. وقال أشهب: إنما تتعلق بعين الرهن قياساً على من أنفق على ضالة فإن الإنفاق يكون في عينها وتباع فيه، وإن قصر ثمنها عن الإنفاق لم يتبع صاحبها بالزائد. وفرق ابن القاسم بينهما بأن الرهن لما دفعه صاحبه للمرتهن وقد علم أنه لا بد له من نفقة صار كالإذن. واختلف في قول ابن القاسم إذا كان الراهن غائباً هل يتبع بالنفقة ولو زادت على ثمن الرهن أو لا ؟ لأن النظر في حق الغائب بيع الرهن، وكان الراهن إنما أذن في الإنفاق ما لم يجاوز قيمته، فللأشياخ قولان حكاهما المازري، وحكى ابن يونس

الأول عن بعض القرويين، وقال: القياس عندي ألا يتبع بالزائد؛ لأنه لم يأذن في النفقة، ومن حجته أن يقول: كان ينبغي لك إذا بلغت النفقة مقدار ثمنه أن ترفعه إلى الإمام فيبيعه ولا تخلد في ذمتي ديناً لم آذن لك فيه.

وَلا يَكُونُ رَهْناً بِهِ خِلافاً لأَشْهَبَ

أي: ولا يكون الرهن رهناً بالنفقة خلافاً لأشهب، وأطلق المصنف في خلاف أشهب، وهو مقيد بما إذا لم يأذن، وقاسها أشهب على الضالة، فإن الضالة رهن بما أنفقه عليها، وفرق ابن القاسم في المدونة والمجموعة بينهما: بأن الضالة لا تباع على صاحبها، ولا بد من النفقة عليها، والرهن ليست نفقته على المرتهن، ولو شاء طالبه بنفقته، وإن غاب رفع ذلك إلى الإمام.

ابن يونس: بناء على هذا فإن قال له الإمام: أنفق على أن نفقتك فيه؛ كان أحق به من الغرماء حتى يستوفي نفقته ودينه. واختلف الشيوخ إذا قال له الإمام: أنفق على أن نفقتك في الرهن، ويتبين لك ذلك بذكر لفظ المدونة أولاً، ولفظها: وإذا أنفق المرتهن على الرهن بأمر ربه أو بغير أمره رجع بما أنفق على الراهن.

ابن القاسم: ولا يكون ما أنفق في الرهن إذا أنفق بأمر ربه، لأن ذلك سلف إلا أن يقول له: أنفق على أن نفقتك في الرهن، فإن قال ذلك رأيتها في الرهن وله حبسه بما انفق وبما رهنه به، إلا أن تقوم الغرماء على الراهن، ولا يكون المرتهن أحق منهم بفضلة الرهن عن دينه لأجل نفقته - أذن في ذلك أو لم يأذن - إلا أن يقول: أنفق والرهن بما أنفقت رهناً.

قال ابن شبلون: الحكم على ظاهر المدونة في تقسيمه على ثلاثة أقسام. قال غيره: لا فرق بين قوله: أنفق على أن نفقتك في الرهن، وبين أن يقول: والرهن بما أنفقت رهناً، ولا يكون للمسألة عند هؤلاء إلا قسمان.

المازري: وحمل هؤلاء المدونة على أن فيها تقديماً وتأخيراً، قال: وظاهر الكتاب التفرقة كما قال ابن شبلون. وبالتسوية قال ابن يونس، ونقله عن القرويين، واحتج ابن يونس بأن المسألة وقعت في المجموعة والمَوَّازِيَّة كذلك، ولفظها في الكتابين، قال ابن القاسم: وإذا أنفق المرتهن على الرهن بأمر ربه أو بغير أمره فهو سلف، ولا يكون في الرهن إلا أن يشترط أنه رهن بالنفقة الآن فله حبسها بما أنفق وبدينه، إلا أن يكون على الراهن دين فلا يكون أولى بما يفضل عن دينه، إلا أن يشترط أن ذلك في النفقة. ابن عبد السلام: وليس في هذا دليل عن ابن شبلون، ولا يبعد تأويله، وحمله على ما في المدونة.

فَإِنْ كَانَ شَجَراً وَشِبْهَهُ فَانْهَارَتِ الْبِئْرُ وَخِيفَ التَّلَفُ فَفِي إِجْبَارِهِ قَوْلانِ

أي: فإن كان الرهن شجراً وشبهه؛ أي: زرعاً فانهارت البئر وخيف على الشجر أو الزرع التلف بقلة الماء؛ ففي إجبار الراهن على إصلاح البئر وعدم إجباره قولان، والقول بالجبر هو المنصوص لابن القاسم في المختصر والمَوَّازِيَّة إن كان له مال، وإن لم يكن له مال نظر، فإن كان بيع بعض الأصل خيراً له نظر ما يصلح به البئر، وإن تطوع المرتهن بالنفقة في إصلاحها، فإن رأى أن ذلك خير لرب الرهن، قيل للمرتَهَن: أنفق وتكون أولى بالنخل حتى تأخذ ما أنفقت، ولا ينظر إلى قيمة النفقة ولا قيمة ما وضع من حجر وغيره، ولكن يحسب له ما أنفق كالسلف، والقول بعدم الجبر تأول على المدونة؛ لأن فيها: إذا أبى الراهن من إصلاحها فأصلحها المرتهن خوف هلاك النخل والزرع؛ فلا رجوع له بما أنفق على الراهن، ولكن يكون له ذلك في الزرع وفي رقاب النخل يبدأ فيه بنفقته، فما فضل كان في دينه.

فقوله: "أبى من إصلاحها" يقتضي أنه لا يجبر، وقد يقال: لا نسلم أن هذا يؤخذ منه عدم الجبر؛ لجواز أن يحمل المدونة على ما إذا تعذر الرفع إلى الإمام أو نحو ذلك، على أن

ابن يونس جمع بين القولين فحمل الأول على أن الرهن في عقد البيع أو القرض، وما في المدونة على أنه تطوع به.

ابن عبد السلام: ولم يعدوا نفقة المرتهن هنا سلفاً جر منفعة، ولعل ذلك لشدة ما يلحقه من الضرر في تركه بهلاك الرهن إذا ترك النفقة.

وَإِذَا لَمْ يُجْبَرْ فَأَنْفَقَ الْمُرْتَهِنُ فَفِي الشَّجَرِ وَشِبْهِهِ يَبْدَأُ بِنَفَقَتِهِ وَيَتْبَعُهُ بِدَيْنِهِ أَوْ بِمَا بَقِيَ....

يعني: إذا لم يجبر الراهن على النفقة فأنفق المرتهن. ولو أسقط قوله:(**فَفِي الشَّجَرِ**) لكان أحسن؛ لأن ذلك مفهوم مما سبق؛ لأن قوله: (**فَفِي الشَّجَرِ**) يفهم أن الزرع ليس كذلك، وقد قدمنا عن المدونة التسوية بينهما [٥١٩/ أ].

ومعنى ما قاله أن ما أنفقه يكون في الثمرة، فإن ساوت الثمرة النفقة أخذها المرتهن، وإن لم تساو لم يتبع الراهن بفاضل النفقة.

وقوله: (**وَيَتْبَعُهُ بِدَيْنِهِ أَوْ بِمَا بَقِيَ**) أي: ويتبع المرتهن الراهن بدينه إن لم تساو الثمرة إلا قدر النفقة أو أقل، ويتبعه بالباقي من الدين إن زاد ثمن الثمرة على مقدار النفقة بما لم يوف الدين، أما إن زاد بمقدار الدين؛ فإنه يأخذ ذلك ولا كلام له.

الضَّمَانُ إِنْ كَانَ مِمَّا لا يُغَابُ عَلَيْهِ؛ كَالْحَيَوَانِ، والْعَقَارِ؛ فَمِنَ الرَّاهِنِ مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ كَذِبُهُ كَدَعْوَاهُ مَوْتَ الدَّابَّةِ بِبَلَدٍ وَلَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ أَحَدٌ ....

هذه إحدى المسائل التي فرق أصحابنا فيها بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه، وقد تقدمت.

وقوله: (**كَالْحَيَوَانِ**) أي: على اختلاف أنواعه، مأكولاً أو غيره، طائراً أو غيره، آدمياً أو غيره، وهذا هو المنصوص. وأخذ مما رواه أبو الفرج عن ابن القاسم فيمن ارتهن

نصف عبد وقبضه كله: أنه لا يضمن إلا نفقة ضمان ما لا يغاب عليه. اللخمي: وأرى أن يضمن كل ما يستخف ذبحه وأكله. وحكى ابن بزيزة فيه ثلاثة أقوال، ثالثها: إن كان مما يسرع إليه الأكل كالغنم ضمن، وإلا فلا.

وقوله: **(وَالْعَقَارِ)** أي: الأرض وما يتصل بها من بناء وشجر.

وقوله: **(مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ... إلخ)**. هو جارٍ مجرى الاستثناء؛ أي: لا ضمان على المرتهن فيما لا يغاب عليه، إلا أن يتبين كذبه. ثم بين ما يتبين به الكذب بقوله: **(كَدَعْوَاهُ مَوْتَ الدَّابَّةِ بِبَلَدٍ وَلَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ أَحَدٌ)** وكذلك أيضاً إذا كان في رفقة. المازري: وإذا كان بموضع عمارة أو جماعة سئلوا ببلد فإن صدقوه تأكد عليه الظن بصدقهم عدولاً أو غيرهم، وإن كذبوه وكانوا عدولاً غلب على الظن كذبه فلم يصدق، وإن كانوا غير عدول لم ينتقل الحكم عن تصديقهم إلى تكذيبه بقوم ليسوا بعدول لتطرق التهمة إليهم بأنهم كتموا ما علموه من موت الدابة لما طلبت منهم الشهادة، ويكتفي في خبر الحضور وتصديقهم بأنهم رأوا دابة ميتة، وإن لم يعلموا أنها الدابةُ الرهنُ، هكذا وقع في المجموعة، وهذا صحيح إذا كانت هذه الشهادة على صفة يغلب على الظن أن الدابة ليست هي عين الدابة التي بيد المرتهن، أو يكون الأمر مشكلاً فيستصحب الحكم في أن ما لا يغاب عليه لا يضمن. انتهى.

وما ذكره من عدم ضمانه إذا كذبه جماعة وكانوا غير عدول، نص عليه أشهب فيما إذا ادعى إباق العبد بحضرة جماعة وكذبوه.

الباجي: يريد لأنه لم يثبت كذبه. وما نقله المازري عن المجموعة نحوه في الباجي، وزاد أنه يحلف أنها هي، وكلام المازري صحيح في أنه يقبل في تصديقه غير العدول. وقول ابن عبد السلام: "ظاهر كلامهم، بل هو نص أنه لا يقبل إلا العدول" ليس بظاهر.

تنبيه:

ألحق اللخمي بما لا يغاب عليه ما دخل المرتهن والراهن على بقائه بموضعه؛ كالثمار في رؤوس النخل، والزرع القائم، وما في الجرين والأندر، وكالسفن على ساحل البحر وآلتها إذا دخل على بقائها بالساحل، وكالأعدال إذا خُلِّيَ في قاعة الفندق، وكالطعام والزيت المخزن في دار الراهن مطبوعاً عليه ومفتاحه بيد المرتهن، وإن كان مختزناً في دار غيره أو في بيت الفندق لم يضمنه، فإن علم أنه كان يتكرر له ويفتحه، وأشبه أن يكون أخذ ذلك في تكرره منه ضمنه، أما إن كان في حوز المرتهن لم يصدق في ضياعه.

وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ؛ كَالْحُلِيِّ وَالثِّيَابِ عِنْدَ مُرْتَهِنٍ فَكَالأَوَّلِ، وبِيَدِهِ يَضْمَنُ

(فَكَالأَوَّلِ) أي: فالضمان من الراهن، وبيد المرتهن يضمن، ودليلنا على هذه التفرقة في ضمان ما يغاب عليه دون غيره: العمل الذي لا اختلاف فيه، نقله مالك في الموطأ، ولأن الرهن لم يؤخذ لمنفعة ربه فقط فيكون ضمانه من ربه كالوديعة، ولم يكن لمنفعة الآخذ فقط كالقرض فيكون من الآخذ، بل أخذ شبهاً منهما فتوسط وجعل ضمان ما لا يغاب عليه من الراهن لعدم تهمة المرتهن، وضمان ما يغاب عليه من المرتهن لتهمته على ذلك.

فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ؛ فَفِي نَفْيِ الضَّمَانِ رِوَايَتَانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وأَشْهَبَ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الضَّمَانَ لِلتُّهْمَةِ، أَوْ لِدُخُولِهِ عَلَيْهِ...

أي: فإن أقام المرتهن البينة على هلاك ما بيده مما يغاب عليه، فروى ابن القاسم: أنه يسقط عنه الضمان، وبه قال ابن القاسم وأصبغ وعبد الملك؛ بناء على أن الضمان إنما كان للتهمة وقد زالت بقيام البينة. وروى أشهب: أنه لا يسقط عنه الضمان، وبها قال أشهب قال جماعة، لأن الضمان على هذا القول ضمان أصالة، لأن هذا القسم مقابل لما لا يغاب عليه، وحكم أحد المتقابلين ثابت بالأصالة فيكون مقابله كذلك.

وقال المصنف تبعاً لابن شاس: (**لِدُخُولِهِ عَلَيْهِ**) والعلة الأولى أحسن؛ لأن المرتهن هنا لا يكون عنده علم بحكم المسألة، أو يذهب فيها إلى قول ابن القاسم، فلا يقال: إنه دخل على الضمان.

فروع:

الأول: إذا قلنا بعدم الضمان فيما لا يغاب عليه، فهل تتوجه اليمين على المرتهن أنه لم يفرط متهماً كان أو غيره، أو لا تتوجه، أو تتوجه على المتهم دون غيره ؟ ثلاثة أقوال، وروى صاحب النكت: أنها تتوجه هنا، وفي العارية، والمبيع بالخيار، والمستأجر. وإن قلنا: إن الأمر عند ابن القاسم ألا تتوجه في غير هذا الموضع؛ لأن المرتهن ونحوه قبض لحق نفسه. وأجاب عما قاله المتقدمون: أنه لا يمين على عامل القراض يدعي التلف، إلا أن يكون متهماً مع أنه قبض لمنفعة نفسه بأن منفعة القراض [٥١٩/ ب] ليست متيقنة؛ إذ قد لا يربح فيه. قيل: ويحلف غير المتهم: ما فرطت ولا ضيعت. ويزيد المتهم: ولقد ضاع.

الثاني: إذا وجب ضمان ما يغاب عليه، فقال جماعة من متقدمي الأشياخ، وهو في العتبية، وعليه حمل بعضهم المدونة، وبه أفتى إسحاق بن إبراهيم: يحلف لقد ضاع بلا دلسة دلستها فيه، ولا يعلم له موضعاً. ووجه يمينه مع ضمانه: تهمته على الرغبة في عينه. وقال العتبي: لا يمين عليه. قال: وكيف يحلف ويضمن، ونحوه لمالك في هذا الأصل. قال العتبي: إلا أن يقول الراهن: أخبرني مخبر صدق على كذبه، وأنه رأى الرهن عنده قائماً؛ فيحلف على ذلك حينئذ. وإلى هذا ذهب ابن لبابة الأكبر، واعترضه بعضهم وقال: يمين توجب يميناً. وأجيب بأن اليمين قد توجب اليمين وذلك في كتاب الله عز وجل في اللعان.

الثالث: إذا أتى بالثوب وقد احترق بعضه وادعى أنه احترق لم يصدق، إلا أن يُعْلَم سبب ذلك من احتراق منزله أو حانوته. زاد ابن المواز: ويشترط أن يعلم أن النار من غير سببه. واختلف هل قول محمد تفسير للمذهب أو خلاف.

الباجي: وإذا ثبت الاحتراق؛ فإن ثبت أن ذلك الثوب فيما احترق صدق، أتى ببعضه محروقاً أم لا، وإن لم يثبت ذلك؛ فإن أتى ببعضه محروقاً صدق أنه كان في حانوته الذي احترق، وإن لم يأت بشيء وادعى احتراق جميعه؛ فظاهر المدونة أنه غير مصدق.

وقال الباجي: وعندي أنه إن كان مما جرت العادة برفعه في الحوانيت حتى يكون متعدياً بنقله عنه، كأهل الحوانيت والتجار الذين تلك عادتهم لا يكادون ينقلون شيئاً من ذلك من حوانيتهم؛ فأرى أن يصدق فيما عرف من احتراق حانوته، وبذلك أفتيت في طرطوشة عند احتراق أسواقها وكثرت الخصومات في ذلك، وظني أن بعض الطلبة أظهر لي رواية عن ابن أيمن بمثل ذلك، وذكر المازري أنه نزل عندهم سنة ثمانين وأربعمائة لما فتح الروم رومة والمهدية ونهبوا الأموال وكثرت الخصومات مع المرتهنين والصناع وفي البلد مشايخ من أهل العلم متوافرون؛ فأفتى جميعهم بتكليف المرتهن والصانع البينة أن ما عنده قد أخذه الروم وأفتيت بتصديقهم، قال: وكان القاضي يعتمد حينئذٍ فتواي فتوقفت لكثرة من خالفني حتى شهد عنده عدلان أن شيخ الجماعة السيوري أفتى بما أفتيت به، ثم قدم علينا كتاب المنتقى للباجي فذكر فيه في الاحتراق مثل ما أفتيت به، وذكر كلام الباجي المتقدم.

الرابع: ولو سقط الدين إما بهبة الدين أو إعطاء الحق؛ فالضمان مستصحب إلا أن يمكن المرتهن الراهنَ من الرهن ويتركه عنده، فحينئذ هو كالوديعة.

وقد بعدنا عن كلام المؤلف فلنرجع إليه.

وَعَلَيْهِمَا لَوْ شَرَطَ أَلاَّ يَضْمَنَ وَلَمْ تَقُمِ الْبَيِّنَةُ انْعَكَسَ الْقَوْلانِ

أي: وعلى قول ابن القاسم وأشهب لو شرط المرتهن ألا يضمن ما يغاب عليه انعكس القولان، يعني: في الصورة الظاهرة، وإلا فكل من الإمامين باق على أصله،

ومعنى العكس ثبوت الضمان عند ابن القاسم؛ لأن التهمة المقتضية للضمان حاصلة، وعند أشهب لا يضمن لأنه لم يدخل عليه.

فإن قلت: ولعل المصنف وابن شاس إنما عللا قول أشهب بالدخول على الضمان لهذا الفرع؛ إذ لا يتأتى فيه ما عللوا به من الأصالة ؟ **قيل**: وكل منهما نقض أصله، أما ابن القاسم فلأن الضمان عنده إنما هو للتهمة، فمن حق المرتهن أن يقول: لم يبطل حقي حكما شرطيا وأنت قد أسقطت حقك الذي هو الضمان. وأما أشهب فالضمان عنده ضمان أصالة، فكان ينبغي له ألا يوفى له بشرطه، لأنه مبطل بحكم شرعي. وقد اختلف المذهب في البائع بثمن إلى أجلٍ يَشترطُ في عقدِ البيع أنه مُصَدَّقٌ في عدمِ قبضِ الثَّمن هل يُوَفَّى له أم لا ؟ أو يوفى للمتورعين عن الأيمان دون غيرهم؟ على ثلاثة أقوال، وعلى أنه يوفى له، فهل يجوز مثله في الغرر ؟ قال بعضهم: لا؛ لأنه سلف جر منفعة، والصحيح الجواز؛ لأنه شرط ينشأ عن التوثق، فكان كالرهن والحميل.

المازري: وقول ابن القاسم وأشهب يحسن إذا كان الرهن في عقد بيع أو سلف؛ لأن الرهن هناك يكون له حصة من الثمن في البيع وها هنا في السلف، وأما لو كان هذا الاشتراط في رهن تطوع به الراهن بعد عقد البيع أو السلف من غير شرط؛ فإنه ها هنا لا يحسن الخلاف، لأن التطوع هنا بالرهن كالهبة، فإذا أضاف إلى هذا التطوع إسقاط الضمان فهو إحسان على إحسان، فلا وجه للمنع فيه. ويؤيد هذا: أن ابن القاسم وأشهب اتفقا على أنه يوفى له بالشرط في العارية، وما ذلك إلا لأن العارية لا عوض فيها، وإنما هي هبة ومعروف. انتهى. ونحوه للخمي.

فرع:

وأما عكس هذا، وهو اشتراط الضمان فيما لا يغاب عليه؛ ففي المدونة والموَّازيَّة: لا يلزمه وضمانه من ربه. وقال أشهب: إن اشترط ذلك لخوف طريق ونحوه فهلكت الدابة بسبب ذلك التخوف فإنه ضامن.

اللخمي: ويجري فيها قول آخر أنه ضامن؛ لأن الحيوان مختلف في ضمانه، فيوفى له بالشرط؛ لأن المؤمنين عند شروطهم، ومراعاة لقول أبي حنيفة: إن الضمان من المرتهن مطلقاً. وعلى المشهور: فلا كراء عليه على حكم العارية، وعن أشهب: أنه كراء فاسد وعليه أجرة المثل في ركوبه، وإن عثر عليه قبل استعمالها ردَّ، نص عليه اللخمي في العارية، وحمل ابن رشد قول أشهب على التفسير الأول.

فَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ نِصْفَهُ وَقَبَضَ الْجَمِيعَ لَمْ يَضْمَنْ إلا نِصْفَهُ، كَمُعْطِيكَ دِينَاراً لِتَسْتَوْفِيَ مِنْهُ نِصْفَهُ دَيْناً، وكَذَلِكَ لَو تَرَكَ [٥٢٠/أ] الْمُسْتَحِقُّ الْحِصَّةَ الْمُسْتَحَقَّةَ بِيَدِهِ....

فإن كان الرهن نصف ما يغاب عليه كثوب مثلاً رهن نصفه، فإنه إن ضاع لا يضمن إلا نصفه؛ لأن الرهن إنما هو النصف والنصف الآخر إنما هو فيه أمين، ونظره بمسألتين:

الأولى: إذا أعطاه ديناراً ليستوفي نصفه؛ فإنه لا ضمان عليه في النصف الزائد، لأنه إنما قبضه على الأمانة، ولأنه لما قبضه صار شريكاً لمعطيه فهلاكه عليهما، قال في التهذيب: ولا يمين عليه إلا أن يتهم فيحلف.

الثانية: إذا استحق شخص بعض الرهن الذي يغاب عليه ثم تركه بيد المرتهن وضع؛ فإنه لا يضمن الحصة المستحقة، لأنه تحت يده على الأمانة، لا يقال: لم لا يستصحب الضمان في الحصة المستحقة كما استصحب فيما إذا أعطى المرتهن دينه كما تقدم، لأنا نقول: المستحق لم يتقدم له على المرتهن ضمان فيستصحب.

فَإِذَا فَاتَ بِجِنَايَةٍ فَأَخَذَ الْقِيمَةَ، فَإِنْ جَاءَ بِرَهْنٍ مَكَانَهُ أَخَذَهَا، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَتْ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ تَعَجَّلَهَا، وَإِلا كَانَتْ رَهْناً....

يعني: إن جنى أجنبي على الرهن وأفاته وأخذت قيمته، ففي المدونة ما قاله المصنف، ولفظها: إذا غرم المتعدي القيمة فأحب ما فيه إلي أن يأتي الراهن برهن ثقة مكان ذلك،

ويأخذ القيمة وإلا جعلت القيمة رهناً. ابن يونس: ويطبع عليها. وانظر قول مالك: أحب إلي، فإن ظاهره عدم الجزم بهذا الحكم، إلا أن يكون المراد أحب بما سمعت. أبو الحسن: وقوله: "برهن ثقة" معناه: تكون قيمته كهذه القيمة. وقال ابن المواز: إن كانت القيمة من جنس الدين وصفته تعجلها؛ إذ لا فائدة في وقفها ولا منفعة في ذلك للراهن، فإن لم يكن من جنسه بقيت رهناً، ومراده بجنس حقه أن يوافق في كونه دنانير أودراهم، هكذا نص عليه محمد، ولعل المصنف سكت عنه، لأن التقويم إنما يكون بعين، والأول أظهر؛ لأن حق المرتهن في الرهن الأول قد بطل بتلفه وبقي حقه في مطلق التوثق، فإذا أتى الراهن برهن آخر لم يبق للمرتهن حجة.

وأشار ابن عبد السلام إلى أنه يمكن أن يحمل قول محمد على الوفاق بأن يحمل الأول على ما إذا لم تكن القيمة من جنس الدين.

وَإِذَا جَنَى الرَّهْنَ وَاعْتَرَفَ الرَّاهِنُ وَحْدَهُ؛ فَإِنْ كَانَ مُعْدَماً لَمْ يُصَدَّقْ، وإِنْ كَانَ مَلِيّاً فَإِنْ فَدَاهُ بَقِيَ رَهْناً وَإِلا أَسْلَمَهُ بَعْدَ الأَجَلِ وَدَفَعَ الدَّيْنَ....

يعني: فإن جنى العبد الرهن جناية على أحد أو استهلك مالاً، فإن لم تثبت الجناية ببينة ولكن اعترف الراهن بها فقط - أي: أقر بها - فإن كان معدماً لم يلتفت لقوله؛ لأنه إقرار على المرتهن، وإن كان ملياً خير الراهن بين أن يفديه أو يسلمه للجناية، فإن فداه بأن دفع أرش الجناية بقي العبد على حاله، وإن أسلمه لم يدفع للمجني عليه، ويبقى تحت يد المرتهن، لأن وثيقته متقدمة على المجني عليه، وهكذا في المدونة، وقيده ابن يونس بما إذا لم يقر أنه جنى قبل الرهن، فأما إن أقر أنه جنى قبل رهنه، فإن لم يفده ولم يرض بحمل الجناية وحلف أنه ما رضي أن يتحملها؛ فإنه يجبر على إسلامه وتعجيل الدين، كمن أعتق وأقر أنه لغيره إن كان الدين مما له تعجيله، ولو كان الدين عروضاً من بيع ولم يرض من هي له أن يتعجلها ما جاز إقراره على المرتهن، كما لو كان معسراً والدين مما له تعجيله،

ويكون المجني عليه مخيراً، فإن شاء غرمه قيمته يوم رهنه لأنه متعدٍّ عليه، وإن شاء صبر عليه حتى يحل الأجل فيباع ويتبعه بثمنه.

وَإِنْ ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ أَو اعْتِرَافٍ وَاخْتَارَ إِسْلامَهُ؛ خُيِّرَ الْمُرْتَهِنُ أَيْضاً، فَإِنْ أَسْلَمَهُ كَانَ لِذِي الْجِنَايَةِ بِمَالِهِ وَأُتْبِعَ الرَّاهِنُ....

فإن كانت الجناية تثبت ببينة، وفي معناها: أن يعترف الراهن والمرتهن بالجناية فقد يعلق به ثلاثة حقوق؛ حق للسيد، وحق للمرتهن، وحق للمجني عليه. فيخير السيد أولاً - لأنه المالك - بين أن يفديه أو يسلمه، فإن فداه بقي على حاله، ولوضوح هذا تركه المصنف.

وإن أسلمه خير المرتهن أيضاً لتقدم حقه على حق المجني عليه، فإن أسلمه المرتهن أخذه المجني عليه ملكاً له. قال في المدونة: ويكون ماله للمجني عليه قل أو كثر. ابن يونس: وليس للمرتهن أن يؤدي من مال العبد الجناية، ويبقى رهناً إلا أن يشاء سيده. زاد صاحب النكت: وسواء كان مال العبد مشترطاً إدخاله في الرهن أم لا؛ لأن المال إذا قبضه أهل الجناية فقد يستحق، فيتعلق على السيد غرم مثله، لأن رضاه بدفعه إليهم كدفعه ذلك من ماله، فأما إن أراد الراهن ذلك وأبى المرتهن، فإن كان لم يشترط المرتهن إدخال المال في الرهن فلا كلام له، وإن اشترط إدخاله في الرهن فإن ادعى المرتهن أن يفديه كان ذلك له، وإن أسلم العبد كان ذلك للراهن.

ولما تكلم المصنف على ما إذا أسلم إلى المرتهن الرهن شرع في الكلام على ما إذا فداه، فقال:

وَإِنْ فَدَاهُ كَانَ الْفِدَاءُ فِي رَقَبَتِهِ لا فِي مَالِهِ، يُبَدَّى عَلَى الدَّيْنِ ولا يُبَاعُ إِلا بَعْدَ الأَجَلِ. وقَالَ سُحْنُونٌ: وَقَبْلَهُ. ورُوِيَ: أَنَّ الْفِدَاءَ فِي رَقَبَتِهِ وَمَالِهِ...

يعني: وإن فداه المرتهن، فالمشهور وهو مذهب المدونة، واختاره ابن القاسم وابن عبد الحكم: أن الفداء إنما يكون في رقبته دون ماله مبدى على الدين. وروي عن مالك،

وهو اختيار ابن المواز، وأكثر الأصحاب: أن الفداء يكون في رقبته وماله، لأنه لو أسلمه كان العبد للمجني عليه بماله، فإذا افتكَّه المرتهن انبغى أن يكون له ما كان للمجني عليه، ورأى في المشهور أن المرتهن إنما افتكَّه ليرده إلى ما كان عليه، ولولا ذلك لما كان له تطرق إلى العبد بوجه، فحينئذٍ [٥٢٠/ب] إنما يرجع العبد إلى ما كان عليه، وهو إنما كان مرهوناً دون ماله، ولهذا لو كان مال العبد مشترطاً في الرهن لم يختلف إذا افتكَّه أنه يكون الفداء في رقبته وماله.

وعلى القولين؛ ففي المدونة: لا يباع إلا بعد الأجل. وقال سحنون: وقبله، أي: قبل أجل الدين، وهو مبني على الرواية التي اختارها ابن المواز: أن المرتهن وجب له ما كان عليه. واستحسن اللخمي قول سحنون، قال: ولا مقال للراهن لأنه رضي بإسلامه. وعلى ما وجه به المشهور يندفع هذا، ثم فيما اختاره ابن المواز إشكال آخر، ويتبين لك ذلك بما نقله اللخمي وابن يونس وغيرهما عنه: أنه إذا أسلمه السيد خير المرتهن في ثلاثة أشياء؛ وهي: إسلامه، أو فداؤه بمقدار الجناية أو أكثر، فإن أسلمه أو فداه بمقدار الجناية فكما تقدم، وإن فداه بأكثر ولو بدرهم، فقال محمد: العبد للمرتهن. مالك: ويتبع المرتهن الراهن بدينه إلا بالدراهم، فإنه يسقط من جملة الدين. وقوله أنه يتبعه بدينه إلا بذلك الدرهم، لا يصح إلا على تقدير أن المرتهن اشتراه من الراهن بما أدى فيه، وإذا كان عنده مبيعاً فكيف يتبعه ماله، والقاعدة المأخوذة من الحديث الصحيح: أن العبد لا يتبعه ماله إلا أن يشترطه المشتري. وفيه إشكال من وجه آخر، وهو أن هذا الدرهم إذا لم يحل أجله مقدم ومقارن لعقدة بيع، فينبغي أن يمنع لما في ذلك من البيع والسلف، إلا أن يقول: إن هذا لم يكن مقصوداً وإنما الأحكام جرت إليه.

ولما أشرنا إليه في توجيه المشهور قال بعض الموثقين: إن نفقة هذا العبد إلى الأجل على سيده الذي كان ينفق عليه، لأنه رجع إلى ما كان عليه.

فَإِنْ حَلَّ الأَجَلُ بِيعَ بِمَالِهِ وَبُدِئَ بِالْفِدَاءِ، فَإِنْ كَانَ مَالُهُ زَادَ نِصْفَ الثَّمَنِ مَثَلاً؛ أَخَذَ الْغُرَمَاءُ نِصْفَ مَا بَقِيَ وَدَخَلَ مَعَهُمْ بِمَا بَقِيَ مِنْ دَيْنِهِ. قَالَ التُّونُسِيُّ: وهَذَا هُوَ الْقِيَاسُ....

هذا تفريع على الرواية التي اختارها محمد، مثال ذلك: لو بيع بمائة وكان بدون ماله يساوي خمسين؛ فماله زاد نصف الثمن. وقال: (**مَثَلاً**) لأنه قد يزيد الثلث ونحوه، فالمائة الحاصلة منها؛ خمسون للرقبة، وخمسون للمال، وعلى هذه الرواية: أن الفداء متعلق برقبته وماله فيأخذه، فإن كان الفداء خمسين أخذها وتبقى خمسون نصفها لرقبته ونصفها لماله والرهن أولاً إنما يكون في رقبته، فيأخذ في دينه ما بقي ويأخذ الغرماء الخمسة والعشرين، فإن بقي له شيء من دينه دخل معهم وأخذ بحساب ماله، وأما على مذهب المدونة: فالفداء إنما هو متعلق برقبته، فيأخذ الخمسين التي تقابل الرقبة، ويأخذ الغرماء الخمسين الباقية، ويدخل معهم بدينه، لأنه لم يبق له رهن يختص به؛ مثاله: ما قيمته خمسون وماله خمسون، فإن فداه بأربعين فبدأ المرتهن بأخذ الأربعين ثمن الفداء ودخل مع الغرماء في الخمسين؛ فيأخذ العشرة الثانية في الخمسين في دينه وهو أربعون مثلاً، فإذا أخذ العشرة بقي له ثلاثون وتقسم الخمسون الباقية للعبد وماله فيكون خمسة وعشرين، فيأخذها المرتهن أيضاً وبقي له خمسة يدخل بها مع الغرماء فيما بقي، لأنه لم يبق له رهن يختص به.

وَأَمَّا لَوْ فَدَاهُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ لَكَانَ سَلَفاً، فَلا يَكُونُ رَهْناً بِهِ

يعني: وأما إن فدى المرتهن العبد من المجني عليه بإذن الراهن؛ فالفداء سلف في ذمة السيد وإن زاد على قيمة العبد، ولا يباع قبل الأجل اتفاقاً. محمد: ولا يكون رهناً بالفداء، وعليه اقتصر المصنف؛ لأن الفداء لما كان سلفاً اقتضى ذلك ألا يكون العبد رهناً به لعدم اشتراطه، ولهذا قال المصنف: فلا يكون رهناً به، لأن الفاء تشعر بالسببية. وقال مالك وابن القاسم: بل هو رهن به. واختلف فيه قول أشهب.

اللخمي: وأرى أن يحلف ليكون رهناً به. ونقل ابن يونس عن أشهب أنه لا يكون رهناً، ثم عارض بين قوله وقول ابن القاسم في هذه المسألة بقولها في مسألة اللؤلؤ من كتاب الوكالة: إذا أمر رجلاً أن يشتري لؤلؤاً، وقال له: أنقد عني. فإن ابن القاسم عده سلفاً، ولا يرى له إمساك اللؤلؤ بثمنه، وأشهب يرى له إمساكه رهناً، قال: فخالف كل منهما أصله.

وَإِذَا قَضَى بَعْضَ الدَّيْنِ أَوْ سَقَطَ بِطَلَاقٍ أَوْ إِبْرَاءٍ بَقِيَ جَمِيعُ الرَّهْنِ فِي الْبَاقِي، وَكَذَلِكَ لَوِ اسْتُحِقَّ بَعْضُ الرَّهْنِ بَقِيَ الْبَاقِي فِي الْجَمِيعِ....

كما لو رهنه عشرة أرادب قمحاً مثلاً في مائة درهم ثم قضاه خمسين، فلا يأخذ الراهن شيئاً من الرهن إلا بعد وفاء جميع الحق؛ لأن الأسواق تحول على الباقي، لأن كل جزء من الرهن في مقابله كل جزء من الدين، وكذلك لو رهنها رهناً في صداقها فطلقها قبل البناء فسقط عنه النصف أو أبرأته من النصف؛ لم يكن للزوج أن يأخذ شيئاً من الرهن، ولا فرق بين أن يكون الرهن متحداً كدار أو ثوب، أو متعدداً كثوبين أو نحو ذلك.

قوله: (**وَكَذَلِكَ لَوِ اسْتُحِقَّ... إلخ**). تصوره ظاهر.

فرع:

وأما تعدد الراهن والمرتهن؛ ففي المدونة: وإذا أقرضاه جميعاً واشترطا أن يرهنهما رهناً في صداقها فطلقها قبل البناء، فلا بأس به. قيل له: وإن قضى أحدهما دينه فهل له أخذ حصته من الرهن ؟ قال: قال مالك في رجلين رهنا داراً لهما في دين فقضى أحدهما حصته من الدين؛ فله أخذ حصته من الدار. واستشكل قياس قول ابن القاسم، لأنه في الثانية إذا قضى أحد الراهنين حصته، وقلنا: إن له أن يأخذ حصته من المرتهن؛ لا يقع خلل في حيازة نصيب الراهن الآخر من الراهن الذي لم يقض الحق، بخلاف الأول، أعني: إذا اتحد الراهن وتعدد المرتهن؛ فإنه إذا قبض الراهن حظ المرتهن الذي أوفاه عادت

يد الراهن مع المرتهن الذي لم يقضه، وذلك مبطل لحيازته، ولهذا الاستشكال اختصر المختصرون المسألتين على [٥٢١/ أ] السؤال والجواب إشارة إلى الإشكال.

ولهذا قال ابن يونس: يؤخذ من قوله: جواز حوز المرتهن نصف الدار مثلاً والباقي للراهن، وهو خلاف المعلوم من قوله. ورده عياض: بأنه لم يقل أن بقاءه بيد الراهن لا يبطل الرهن، وإنما تكلم على خروجه من الرهن ليبيعه وينتفع بثمنه.

فرع مرتب:

وهو أنه إذا تعدد المرتهن واتحد الراهن؛ فإذا قضى أحدهما هل يدخل الآخر عليه فيما قضاه؟ **عياض**: تحقيق المسألة أن الدينين إن كانا من شركة من ثمن مبيع بينهما أو من سلف واحد واشتركا فيه وهما جنس واحد، فمتى قضى أحدهما دخل عليه الآخر إذا كتباه في كتاب واحد، وكان الرهن لهما في شيء واحد، وإن لم يكتباه في كتاب واحد؛ قال في المدونة: كقمح أو دنانير مشتركة بينهما، وأما إن كتباه في كتابين فكأنهما قد رضيا بالتفاضل، وأما إن كانا نوعين أو حقين مختلفين كبيع وسلف أو دنانير وطعام؛ فلكل واحد منها أن يقضي دون صاحبه؛ كانا بكتاب واحد أو كتابين، إذ لا شركة بينهما في ذلك كما نص عليه في المدونة. فلوكانا من جنس واحد ونوع واحد من الحقوق ولا شركة في ذلك بينهما كدينارين من سلفين مختلفين منفردين، فإن كانا في كتابين لم يدخل أحدهما على الآخر، وكذلك إن كانا في كتاب واحد، قاله أبو العباس الإبياني وغيره، وهو ظاهر قوله في الكتاب، وإنما الذي لا يكون لأحدهما الكلام فيما اقتضى صاحبه فيما كتباه في كتاب واحد من مال أصله شركة بينهما.

فَإِنْ طَلَبَ الْمُسْتَحِقُّ بَيْعَ مَا لا يَنْقَسِمُ بِيعَ كَغَيْرِهِ وَكَانَتْ حِصَّةُ الرَّاهِنِ رَهْناً، وفِي رَهْنِيَّتِهَا لا تَعْجِيلِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ جِنْسِ الدَّيْنِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وأَشْهَبَ....

يعني: إذا استحق بعض الرهن وطلب المستحق بيع نصيبه، فإن كان مما ينقسم قسم وتركت حصة الراهن رهناً، ولوضوح هذا لم يتعرض له المصنف، وإن كان مما لا ينقسم بيع جميعه كغيره من سائر المشتركات التي لا تنقسم؛ إذا طلب أحد الشريكين البيع فإنه يجبر له الآخر، ثم إن بيع بمخالف الدين في الجنس أو الصفة بقيت حصة الراهن رهناً، وإن بيعت بجنسه وصفته، فقال ابن القاسم: تبقى أيضاً رهناً. وقال أشهب: بل تعجل للمرتهن؛ إذ لا فائدة في وقفها، وقد تضيع ولا ينتفع بها الراهن ولا المرتهن. وهذا معنى قوله: (**وَفِي رَهْنِيَّتِهَا لا تَعْجِيلِهَا قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وأَشْهَبَ**).

واعلم أن التعجيل على قول أشهب مقيد بما إذا لم يأت برهن آخر، هكذا صرح به أشهب في الموَّازيَّة، وظاهر كلام المصنف: أن أشهب يقول بالتعجيل إذا بيع بمثل الدين، سواء كان الدين عيناً أو عرضاً، والذي في ابن يونس عنه: أن المرتهن يأخذ مصابة الرهن من الثمن من دينه إن بيع بمثل الدين من دنانير أو دراهم. ونقل الباجي عنه أنه قال في العتبية: إذا بيع بعرض مثل حقه أو مخالفاً له وضع له رهناً، وليس له تعجيله بغير رضا المرتهن. قال الباجي: ووجه أن المماثلة لا تكاد تحصل في العروض، وقد يجد عند الأجل ما هو أقرب إلى المماثلة. ولا يقال: لعل لأشهب قولين، وقد نقل اللخمي عنه الإطلاق كالمصنف؛ لأن تقييد كلامه بعضه ببعض أولى من حمله على الخلاف.

الباجي: وقال أشهب أيضا في العتبية: إن بيع شيء من الطعام أو الإدام أو الشراب بمثل ما له صفة وجودة فاستحسن له تعجيله، وإن أبى صاحب الحق.

الباجي: وكذلك ينبغي أن يكون كل مكيل وموزون ونحوهما. وكذلك قال سحنون في المجموعة: إن بيع بمثل حقه فليعجل له. سحنون في موضع آخر: إلا أن يكون حقه طعاماً من بيع فيأبى أن يتعجله فذلك له.

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي الرَّهْنِيَّةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ

يعني: إذا قال صاحب الدين: كتابك هذا عندي رهن مثلاً. وقال المالك: بل أعرته أو أودعته لك. فالقول للراهن، وهكذا في الموَّازِيَّة؛ لأن رب الدين مدع لأنه أثبت للكتاب وصفاً زائداً فعليه البينة. وكذلك أيضا إذا كان بيده عبدان فادعى أنهما رهن، فقال ربهما: إنما رهنتك أحدهما. فالقول قوله، قاله في المدونة.

وقوله: (**الرَّاهِنِ**) يريد: على دعوى خصمه، وإلا فالفرض أن الرهن لم يثبت، وقيد اللخمي المسألة بها إذا لم تكن العادة تصدق المرتهن، وأما إن صدقته كالبياع يبيع الخبز وشبهه فيدفع إليه الخاتم ونحوه ويدعي الرهنية؛ فإن القول قوله، ولا يقبل دعوى صاحبه أنه وديعة.

خليل: وهو كلام ظاهر. قال في المدونة: فلو كان نمطاً وجبة فهلك النمط، فقال المرتهن: النمطُ أودعتنيه والجبة رهن. وقال الراهن: النمطُ هو الرهن والجبة هي الوديعة. فكل واحد مدع على صاحبه، فلا يصدق الراهن في تضمين المرتهن ما هلك، ولا يصدق المرتَهِن أن الجبة رهن، ويأخذها ربها، يعني: ويحلفان.

وَالرَّهْنُ كَالشَّاهِدِ فِي قَدْرِ الدَّيْنِ إِلَى مَبْلَغِ قِيمَتِهِ مَا لَمْ يَفُتْ فِي ضَمَانِ الرَّاهِنِ

يعني: إذا اتفقا على الرهنية واختلفا في مقدار الدين، فإن الرهن يكون كالشاهد إلى مبلغ قيمته فيكون القول قول من ادعى أن الدين قدر قيمة الرهن. **ابن عبد البر**: واتفق على ذلك. وقال الحنفي وغيره: القول قول الراهن مطلقاً. واستدل القاضي إسماعيل

للمذهب بقوله تعالى: ﴿ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة:٢٨٣] بجعل الراهن بدلاً من الشاهد، لأن المرتهن أخذه وثيقة بحقه فكان كالشاهد يخبر عن مبلغ الدين، وما جاوز قيمته فلا وثيقة فيه، فكان القول فيه قول الراهن.

وقوله: **(مَا لَمْ يَفُتْ فِي ضَمَانِ الرَّاهِنِ)** يعني: أنه يشترط في كون الرهن شاهداً أن يكون قائماً، وفي معنى القائم بأن يهلك في ضمان المرتهن، فإن قيمته تتنزل منزلته. وأما لو هلك في ضمان الراهن فلا يكون شاهداً، والذي في ضمان الراهن ما لا يغاب عليه أو ما يثبت هلاكه ببينة [٥٢١/ ب] مما يغاب عليه كما تقدم، وهكذا نص في الموَّازيَّة والعتبية على أن الرهن لا يكون شاهداً إذا كان في ضمان الراهن.

خليل: وينبغي إذا شهدت البينة على صفته أن يقوم، وتكون تلك القيمة أيضاً كالشاهد، وكذلك أيضاً إذا شهدت على قيمته، وإن كان في ضمان الراهن. وإلى ذلك أشار عبد الوهاب، فإنه قال: العادة جارية أن الناس يرهنون ما يساوي قدر ديونهم أو ما يقاربها. اللخمي وغيره: فعلى قوله يكون الرهن شاهداً على الذمة، وإن هلك الرهن أو استحق.

فَيَحْلِفُ الْمُرْتَهِنُ وَيَأْخُذُهُ وَإِنْ لَمْ يَفْتَكَّهُ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ

يعني: فيحلف المرتهن عليه وحده إن وافقت قيمة الرهن دعواه، وهذا هو المشهور. وقيل: لا بد من يمين الراهن إذا طلبها المرتهن ليسقط عن نفسه كلفة بيع الرهن في الدين، ولأن المرتهن يخشى من ظهور عيب بعد بيعه. عياض: وهو الصحيح وليسقط الطلب من ذمته على القول بتعلقه بالذمة.

قوله: **(وَيَأْخُذُهُ)** أي: إذا حلف المرتهن أخذ الرهن إن لم يتفكه الراهن بما حلف عليه المرتهن، فإن نكل المرتهن حلف الراهن وغرم ما أقر به، ولا يلزم الراهن إذا حلف المرتهن أن يدفع ما حلف عليه؛ لأن الرهن إنما هو شاهد على نفسه، وهذا هو المشهور. وفي سماع

ابن القاسم عن مالك أنه شاهد على الذمة، ويجبر الراهن على دفع ما ادعاه المرتهن ما بينه وبين قيمة الرهن. ولهذا قال المصنف أولاً: والرهن كالشاهد، ولم يقل: والرهن شاهد؛ لأنه ليس بشاهد على الذمة، وإنما هو شاهد على نفسه.

فَإِنْ زَادَ حَلَفَ الرَّاهِنُ مَا لَمْ يَنْقُصْ عَنْهَا، فَإِنْ نَقَصَ حَلَفَا وَأَخَذَهُ إِنْ لَمْ يَفْتَكَّهُ بِقِيمَتِهِ. وَقِيلَ: بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ....

مثال ذلك: إذا قال الراهن بعشرة، وقال المرتهن: بعشرين؛ فثلاث صور:

الأولى: أن يوافق المرتهن بأن تكون قيمته عشرين.

والثانية: أن يوافق الراهن بأن تكون قيمته عشرة.

والثالثة: ألا يوافق واحد منهما بأن تكون قيمته خمسة عشر.

فأشار إلى الأولى بقوله: فيحلف المرتهن ويأخذه إن لم يفتكه. وأشار إلى الثانية بقوله: فإن زاد. أي: المرتهن على قيمته. أي: في دعوى المرتهن بأن يساوي عشرة حلف الراهن وحده، فإن نكل حلف المرتهن وأخذ المرتهن ما ادعاه.

وقوله: (**مَا لَمْ يَنْقُصْ عَنْهَا**) أي: ما لم تنقص دعوى الراهن عن قيمة الرهن.

قوله: (**فَإِنْ نَقَصَ**) أي: الراهن عن القيمة، يريد: مع كون الراهن قد زاد. (**حَلَفَا**) أي: الراهن والمرتهن كل على دعواه.

عياض: ولا خلاف في حلفهما في هذه الصورة. مالك في الموطأ، وابن المواز: ويبدأ المرتهن باليمين؛ لأن الرهن كشاهد له على قيمته، فإن حلف فليحلف الآخر، فإن نكل لزمه كل ما ادعاه المرتهن، وكذلك أيضاً لو نكل المرتهن وحلف الراهن لم يلزم الراهن إلا ما حلف عليه، وإن نكلا أو حلفا فعلى الراهن قيمته إن أحب. وقيل: لا يكون له أخذه إلا بما حلف عليه المرتهن.

وإلى هذين القولين أشار بقوله: (**وَأَخَذَهُ إِنْ لَمْ يَفْتَكَّهُ بِقِيمَتِهِ**) وقيل: بما حلف عليه. القول الأول لمالك في الموطأ، وهو قول ابن نافع وابن المواز. ثم يقال للراهن: إما أن تعطيه الذي حلف عليه وتأخذ رهنك، وإما أن تحلف على الذي قلت أنك رهنته ويبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن. فإن حلف بطل ذلك عنه، وإن لم يحلف لزمه غرم ما حلف عليه المرتهن. والقول الثاني لابن القاسم في العتبية. قال في الموطأ: ويحلف المرتهن على جميع ما ادعاه، وهو العشرون. وقال ابن المواز: المرتهن مخير بين أن يحلف على دعواه أو على قيمة الرهن.

وحكى عبد الحق عن بعض شيوخه: أنه لا يحلف إلا على خمسة عشر، كما لو ادعى عشرين فشهد له شاهد بخمسة عشر، فإنه يحلف على شهادة الشاهد.

وفرق الباجي وغيره بين الرهن والشاهد بأن الرهن متعلق بجميع الدين، والشاهد لا تعلق له بما لم يشهد، ألا ترى أن الراهن لو أقر بالعشرين لكان الرهن رهناً بجميعها، ولو أقر بتصديق الشاهد لم يكن لشهادته تعلق بغير الخمسة عشر.

واعلم أن القول بتحليفه على العشرين أخص؛ لأنه إذا نكل الراهن لا يحتاج المرتهن إلى يمين أخرى، بخلاف من يقول: إنه يحلف على قيمة الرهن؛ لأنه يحتاج إذا نكل الراهن إلى يمين أخرى يثبت بها ما زاد على القيمة.

تنبيه:

ما تقدم من أن الضمير في قوله: (**فَإِنْ زَادَ**) عائد على (**الْمُرْتَهِنُ**) هو الظاهر، بل المتعين هنا، وهو الذي قال ابن راشد. وقال ابن عبد السلام: يعني فإن زاد الذي أقر به الراهن على قيمة الرهن؛ كما لو كانت قيمته ثمانية وأقر الراهن أن الدين عشرة، فيحلف الراهن وحده، كما يحلف لو لم يكن رهن ليرد دعوى المرتهن، وفيه نظر، فإن حمل الكلام

على هذا لا يفيد، فإنه إذا كان القول قول الراهن إذا ادعى قيمة الرهن فمن باب الأولى إذا ادعى أزيد من ذلك. ثم المسألة في كلام مالك وغيره إنما هي على الوجه الذي ذكرناه.

وَفِي شَهَادَةِ مَا بِيَدِ أَمِينٍ قَوْلانِ

القول بقبول شهادة ما بيد أمين لابن المواز، والآخر لأصبغ.

أبو محمد: وقول ابن المواز أصوب، لأنه إنما أخذه توثقة بحقه، ولا فرق بين أن يكون تحت يد المرتهن أو يد الأمين.

فَإِنْ تَلِفَ الْمَضْمُونُ واخْتَلَفَا فِي الْقِيمَةِ؛ تَوَاصَفَاهُ ثُمَّ قُوِّمَ، فَإِنِ اخْتَلَفَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ ....

يعني: إذا تلف المضمون وألزم المرتهن قيمته، فإن اختلفا في قيمته؛ فإنهما يتواصفاه ثم تقوم تلك الصفة، وإن اختلفا فيها فالقول قول المرتهن مع يمينه، وهكذا في المدونة. وقيد المصنف المسألة بالمضمون؛ لأن غير المضمون لا قيمة فيه على المرتهن حتى يغرمها، وليس هو أيضاً شاهداً [٥٢٢/ أ] على مقدار الدين كما تقدم.

وقوله: (**فَإِنِ اخْتَلَفَا**) أي: في الصفة، فالقول قول المرتهن لأنه غارم، وهذا هو مذهب المدونة.

ابن المواز: ويقبل قول المرتهن في الصفة، وإن كانت قيمة ذلك يسيرة إلا في قول أشهب، فإنه قال: إلا أن يتبين كذبه لقلة ما ذكره جدًّا، واختلف أيضاً لو لم يدع المرتهن هلاك الرهن، لكن أتى برهن يساوي عشر الدين مثلاً، هل يكون الدين شاهداً للراهن إذا أنكر أن يكون هذا رهنه كما كان الرهن شاهداً للدين؟

والمشهور: أن لا يكون الدين هنا شاهداً.

ابن عبد السلام: والأقرب أنه لا فرق بين الصورتين.

فرع:

أما إن جهل الراهن والمرتهن قيمته وصفته؛ فالرهن بما فيه، وليس لأحدهما قبل الآخر شيء، وعلى ذلك حمل أصبغ الحديث: «الرهن بما فيه» قيل: ولا خلاف عندنا في ذلك.

وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْقِيمَةِ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ يَوْمُ الْحُكْمِ إِنْ كَانَ بَاقِياً، وَيَوْمُ قَبْضِهِ إِنْ كَانَ تَالِفاً، وَعَنْهُ أَنَّ الرَّهْنَ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ الضَّيَاعِ، وَعَنْهُ: يَوْمَ الرَّهْنِ، قَالَ الْبَاجِيُّ: فَيَنْبَغِي أَنْ تُعْتَبَرَ تِلْكَ الْقِيمَةُ فِي مَبْلَغِ الدَّيْنِ....

حاصل ما ذكره: أنه إن كان الرهن باقياً اعتبرت قيمته يوم الحكم، وإن تلف؛ فثلاثة أقوال لابن القاسم، أعني: هل تعتبر يوم الضياع، أو يوم القبض، أو يوم الرهن ؟ على أنه قد اختلف في الروايتين الأخيرتين هل هما وفاق أو خلاف ؟

وقوله: (**قَالَ الْبَاجِيُّ: فَيَنْبَغِي**) إنما قال الباجي ذلك بلفظ يجب. قال: وعلى اعتبار قيمة الضياع يجب أن تعتبر تلك القيمة إلى مبلغ الدين، والأقرب اعتبار القيمة يوم الرهن؛ لأن الناس إنما يرهنون ما يساوي ديونهم غالباً. ابن عبد السلام: وما حكاه المصنف عن الباجي هو نص في الموطأ ومعناه في المدونة.

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي مَقْبُوضٍ، فَقَالَ الرَّاهِنُ: عَنْ دَيْنِ الرَّهْنِ، وَقَالَ الْمُرْتَهِنُ: عَنْ غَيْرِهِ. وُزِّعَ بَعْدَ أَيْمَانِهِمَا عَلَى الْجِهَتَيْنِ، وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ

نحوه في المدونة، ونظيرها إذا كان له عليه دين بحميل ودين بغيره، واختلفا في المقبوض هل عما هو بحميل أم لا ؟ **ابن رشد:** والكلام فيهما واحد، ومذهب المدونة أنهما يتحالفان ويقسم المقبوض بينهما، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر فالقول قول الحالف، وحكى في المدونة في مسألة الحمالة عن غير ابن القاسم: أن القول قول المقبض مع يمينه، قال: لأنه مؤتمن مدعى عليه.

وإلى هذا أشار بقوله: **(وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ)** ابن رشد: وما حكاه من أن القول قول المرتهن لا يوجد على إطلاقه. وحكاه في الجواهر عن أشهب مقيداً، فقال بعد أن ذكر أنهما يتحالفان ويقسم الثمن بينهما: وقال أشهب: وهذا إذا تقاررا بالإبهام، وأما لو تداعيا البيان؛ فالقول قول المرتهن، وكلام ابن يونس قريب منه.

ابن عبد السلام: وهذا القول أقرب؛ لأن الدافع يطلب إخراج الرهن بمحض دعواه فعليه البيان. وقال ابن كنانة في مسألة الحمالة: القول قول من عليه الدين. وكذلك حكى ابن رشد قولاً في مسألة الرهن أن القول قول الراهن.

اللخمي: وهو القياس؛ لأنه متطوع، ولأن القول قوله فيما يقر به. وقيد اللخمي ما في المدونة بما إذا حل الدينان أولم يحلا وكان أجلهما سواء أو متقاربان، فإن حل أحدهما؛ فالقول قول من ادعى الحال، وكذلك إذا تباين الأجلان فالقول قول من ادعى أقربهما أجلاً مع يمينه.

بعض القرويين: وإنما تصح القسمة إذا كانت المائتان حالتين، وأما إن كانتا مؤجلتين؛ فالقول قول الدافع، لأنه يقول: إنما قصدت تعجيل المائة لآخذ الرهن، فيكون القول قوله.

وَإِذَا ادَّعَى الْمُرْتَهِنُ رَدَّهُ لَمْ يُقْبَلْ

ظاهرٌ.

وَإِذَا اخْتَلَفَ الأَمِينُ والْمُرْتَهِنُ، فَقَالَ: بِعْتُهَا بِمِائَةٍ وَأَسْلَمْتُهَا لَكَ، وَأَنْكَرَ الْمُرْتَهِنُ؛ غَرِمَ الأَمِينُ لَهُ مَا أَنْكَرَهُ...

قال في المدونة: وإن قال المأمور بعت الرهن بمائة وقبضتها للمرتهن، وقال المرتهن: ما أخذت منه شيئاً؛ صدق المرتهن. وكذلك يصدق المرتهن إذا قال: إنما أعطاني خمسين، وقال المأمور: بل مائة. ولأجل تصديق المرتهن قال المصنف: غرم الأمين ما أنكره، أي: ما

أنكر المرتهن، **يعني**: للمرتهن بعد يمينه. وهو مقيد بما إذا كان المأمور مأموراً من الراهن.

ابن يونس: ولو كان المرتهن هو الذي أمر ببيعه؛ لصدق المأمور مع يمينه في دفعه إلى المرتهن، لأن الوكيل على البيع مصدق في دفع الثمن إلى الآمر.

* * *

التَّفْلِيس: وَإِذَا الْتَمَسَ الْغُرَمَاءُ أَوْ بَعْضُهُمُ الْحَجْرَ عَلَى مَنْ يَنْقُصُ مَالُهُ عَنْ دَيْنِهِ الْحَالِّ حُجِرَ عَلَيْهِ ....

التفليس مصدر فلس. **عياض**: وأصله من الفلوس؛ أي: صار صاحب فلوس بعد أن كان ذا ذهب وفضة. وفي الجوهري: يقال: أفلس الرجل؛ أي: صار مفلساً كأنما صارت دراهمه فلوساً، كما يقال: أخبث إذا صارت أصحابه خبثاً، وأقطف إذا صارت دابته قطوفاً، ويجوز أن يراد أنه صار إلى حال ليس معه فلس، كأُقْهِرَ الرجل إذا صار إلى حال يقهر عليه.

وقوله: (**الْتَمَسَ...**) إلخ. يعني للقاضي الحجر على المِدْيَان بثلاثة شروط، أو شرط مركب من ثلاثة أجزاء:

الأول: أن يطلب الغرماء أو واحد منهم ذلك، وهو معنى قوله: (**الْتَمَسَ الْغُرَمَاءُ أَوْ بَعْضُهُمْ**) وفهم من كلامه أن لبعض الغرماء إذا قام تفليسه وإن كره غيره، وهو صحيح. محمد: إلا أن يقدمه الغرماء في المال الموجود أو يدفعوا له دينه من أموالهم.

الثاني: أن يكون مال المِدْيَان ناقصاً عن دينه الحال.

الثالث: أن يكون الدين حالاً، وأما إن كان مؤجلاً فلا حجر بمؤجل، نعم يحل بالحجر كما سيأتي، والمؤجل الحال كالحال، **وذكروا هنا صوراً**:

الأولى: أن يكون له وفاء دينه الحال والمؤجل؛ فهذا لا يفلس.

الثانية: أن يكون ما بيده ناقصاً [٥٢٢/ ب] عن الحال؛ فلا إشكال أنه يفلس.

الثالثة: أن يكون بيده مقدار الحال فقط، فللقرويين في تفليسه قولان.

الرابعة: أن يكون في يده مقدار دينه الحال ويفضل عن ذلك فضلة إلا أنها لا تفي بالمؤجل الذي عليه، فذكر اللخمي أن المعروف أنه يفلس. وفي الموازية: أنه لا يفلس.

قال: وليس بحسن. وقيد اللخمي ما في المدونة بأن تبقى في يده فضلة يعامله الناس عليها ويتاجره الناس بسببها ، ويرجى من تنميته لها ما يقضي به الديون المؤجلة، وإن كان المعروف في هذه المسألة أن يفلس؛ فتفليسه إذا لم يكن بيده إلا مقدار الحال أولى، وهو خلاف مفهوم كلام المصنف؛ إذ مفهوم كلامه: أنه لو بقي بيده مقدار الحال فقط لم يفلس.

اللخمي: وإذا كان ما في يده كفاف دينه وله مؤجل مثل المؤجل الذي عليه في العدد والأجل على موسر ، أو كان محل دينه قبل محل الذي عليه ، أو كان محل دينه أبعد أجلاً وهو أكثر عدداً -وإن بيع الآن- أو عند حلول ما عليه وفاء بالدين؛ لم يفلس، وكذلك إذا كان أجل دينه قبل وهو أقل ويرجى بعد قبضه وتجره به أن يوفي ما عليه.

تنبيه:

أخذ من قول المصنف: (**الْتَمَسَ الْغُرَمَاءُ**) أنه لا يكون للقاضي ذلك إلا بطلبهم، وأنه لو أراد الغريم تفليس نفسه لم يكن له ذلك، وقد اختلف الشافعية هل له ذلك أم لا؟

والأصل في هذا الباب ما رواه أبو داود: **أنه عليه السلام حجر على معاذ بن جبل -رضي الله عنه- وقسم ماله بين غرمائه.** وفعل ذلك عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- برجل كان يشتري الرواحل ويسبق الحاج. وقال:"من كان له عنده شيء فليأتنا بالغداة نقسم ماله وإياكم والدين، فإن أوله هم وآخره حرب".

وَلا حَجْرَ فِي الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ ، وَلَكِنْ يَحِلُّ بِالْحَجْرِ

يعني: شرط الدين الذي يحجر به أن يكون حالاً، وإن كان دينه مؤجلاً كله أو حل بعضه ولكن ما بيده أكثر مما حل عليه؛ لم يحجر عليه.

اللخمي: وسواء كان يوجد عنده عند حلول الأجل شيء أم لا، إلا أن تتغير حالته ويظهر منه إتلاف ويخشى ألا يوجد عند حلول الأجل شيء؛ فيحجر عليه ويحل دينه، إلا أن يضمن أو يوجد ثقة يتجر له.

قوله: (وَلَكِنْ يَحِلُّ بِالْحَجْرِ) يعني: إذا حجر عليه بسبب الدين الحال فإن المؤجل يحل كما يحل بالموت؛ لخراب الذمة في المسألتين.

فرع:

لو قال بعض الغرماء: لا أريد حلول عروضي، وقال المفلس: بل حكم الشرع بحلول ما علي ولا أؤخره؛ فالقول للمفلس ويجبر المستحق على أخذها، قاله في الموازية والعتبية. واعترضه اللخمي بأن الحلول إنما كان لِحَقِ رب السلعة، فينبغي أن يكون القول له في التأخير، وإلى حلول الدين بالموت أشار بقوله:

وَالْمَوْتُ كَالْفَلَسِ

وهذا هو المشهور. وذهب السيوري إلى أن المؤجل لا يحل بالموت، فأحرى على قوله الفلس، ووجه المشهور: أنه لو لم يحل بالموت لزم إما تمكين الورثة من قسمة التركة، وإما عدم تمكينهم، والأول باطل بقوله تعالى: ﴿ مِنْۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾ [النساء:١١]. والثاني كذلك؛ لما يلحق الجميع بسبب وقف التركة من غير فائدة. ولو قال الورثة: نحن نأتي بالحميل مليء ونؤديه عند الأجل ومكنونا من قسمة التركة كلها؛ لم يكن لهم ذلك، قاله ابن نافع في المبسوط.

فرع:

ويدخل في قوله: (ويحل بالفلس) دين الأكرية، وهو الذي أخذ من المدونة من قوله: إذا فلس المكتري فصاحب الدابة أولى بالمتاع من الغرماء. فإنه يقتضي تعجيل حقه، ولا يصح أن يباع للغرماء منافع دابة بالنقد يأخذونه ويبقى هو مطالباً بالكِرَاء. ومن قوله فيها أيضاً: إذا اكترى أرضاً فزرعها ثم فلس؛ أنه يحاص الغرماء منافع دابته بالنقد بالكراء.

المازري: وذكر لي بعض أشياخي أن عبد الوهاب نص عليه في شرح الرسالة، وكذلك ذكر لي عن المبسوط، ولم أقف على النقل في هذين الكتابين ، ولكن عندي أن المسألة

كالمنصوص فيها على قولين؛ لأنه اختلف فيمن أكرى داره خمس سنين وقبض كراءها ومر عليه حول ففلس، هل يكرى الجميع أو العام الأول فقط؟

وفي المقدمات: وإن اكترى الرجل داراً بالنقد أو كان العرف فيه النقد ففلس المكتري قبل أن يقبض الدار أو بعد أن قبض المكتري بعض السكنى؛ فأوجب ابن القاسم في المدونة للمكتري المحاصة بكراء ما بقي من السكنى إذا شاء أن يسلمه، وله مثل ذلك في العتبية. وعلى قياس هذا إن فلس قبل أن يقبض الدار فللمكتري أن يسلمها ويحاص بجميع كرائه، وهذا إنما يصح على قول أشهب الذي يرى قبض أوائل الكراء قبضاً لجميع الكراء. وأما ابن القاسم: فالقياس في أصله أن يحاص الغرماء بما مضى ويأخذ داره ولا يكون له أن يسلمها، ويحاص الغرماء بجميع الكراء. ولو لم يشترط في الكراء النقد ولا كان العرف فيه النقد؛ لوجب على المذهب المتقدم إذا حاص أن يوقف ما وجب له في المحاصة، فكلما سكن شيئاً أخذ بقدره من ذلك.

وَالْبَعِيدُ الْغَيْبَةِ لا يُعْرَفُ تَقَدُّمُ مِلائِهِ يُفَلَّسُ. وَقَالَ أَشْهَبُ: وَلَوْ كَانَ عُرِفَ

يعني: أن الغريم إذا كان بعيد الغيبة ولم يعرف له تقدم ملاء فإنه يفلس، وإن عرف له ذلك؛ فالمشهور لا يفلس خلافاً لأشهب، وقد نقل ابن يونس وغيره قول أشهب كما نقله المصنف. وقول ابن عبد السلام: إن في نقل المصنف له نقصاً؛ لأنه لا يؤخذ منه أنه يحكم بفلسه ولو عرف ملاؤه، وليس بظاهر. وقال أصبغ بالمشهور استحساناً، والقياس عنده قول أشهب.

أصبغ: ويكتب بتفليسه حيث هو ليستتم عليه ذلك بالموضع الذي هو فيه.

ابن يونس: وفي قول أصبغ نظر؛ لأن أشهب إنما فلسه وإن كان ملياً في غيبته؛ لإمكان [٥٢٣/ أ] تلف المال، فإذا وصل إليه فكيف يحل المؤجل عليه وهو مليء. انتهى.

وأجيب بأن أصبغ رآه حكماً مضى فلا يرتفع.

فرع مرتب على المشهور:

فإن فلس ثم قدم ملياً فلا شك في أخذ من قد حل دينه، وأما من لم يحل دينه؛ فاختلف هل يأخذ أيضاً حقه لأنه حكم مضى وهو ظاهر قول أصبغ ، أو لا يأخذه إلا بعد أجله لأن الغيب قد كشف خلاف ما مضى به فصار كما لو تبين خطأه وهو اختيار بعض المحققين؟ وقال ابن عبد السلام: الأول أقرب؛ لأن الحاكم حين قضى بإفلاسه كان محوزاً لما قد ظهر الآن، وأيضاً فهو حكم واحد، وقد وقع الاتفاق على أن من قبض شيئاً من دينه المؤجل لا يرد ذلك، فكذلك ما بقي، وأما لو حضر الغريم وغاب المال فإن ذلك يوجب تفليس الغريم إذا كانت غيبة المال بعيدة. انتهى.

وفهم من قول المصنف: (**وَالْبَعِيدُ**) أنه لو كان قريباً لم يفلس بل يكشف عن حاله، وهكذا في العتبية والواضحة لابن القاسم، وحد القرب فيهما بالأيام اليسيرة.

قال في البيان: ولا خلاف في ذلك. قال: وخلاف ابن القاسم وأشهب إنما هو عندي فيما كان على مسيرة عشرة أيام ونحوها، وأما إن كان على مسيرة الشهر ونحوه فلا خلاف في وجوب تفليسه وإن علم ملاءه؛ أي: غناه من فقره.

فرع: وهل يستأنى ببيع عروض الغائب خشية أن يكون عليه دين آخر؟ أما البعيد الغيبة: فلا خلاف في الاستيناء في حقه. وأما القريب: فلمالك في رواية ابن وهب في بعض روايات المدونة، ولا يستأنى به لأن له ذمة. وقال ابن القاسم: يستأنى به كالميت.

وَلَوْ مَكَّنَهُمُ الْغَرِيمُ مِنْ مَالِهِ فَبَاعُوهُ وَاقْتَسَمُوهُ ثُمَّ تَدَايَنَ؛ فَلَيْسَ لِلأَوَّلِينَ دُخُولٌ فِيهِ، إِلا أَنْ يَكُونَ فِيهِ فَضْلُ رِبْحٍ كَتَفْلِيسِ السُّلْطَانِ

يعني: إذا اتفق الغريم وأرباب الديون على أخذ ما في يد الغريم والتحاصص فيه وفعلوا ذلك من غير رفع إلى الحاكم، ثم تداين هذا الغريم من قوم آخرين؛ فليس للأولين الدخول في دين ما أخذه من الآخرين ، إلا أن يفضل عن دين الآخرين فضل.

وقوله: (**كَتَفْلِيسِ السُّلْطَانِ**) تشبيه لإفادة الحكم؛ لأنه لم يتقدم له هذا الحكم في تفليس السلطان؛ أي: وليس لهم أن يدخلوا كحكم الحاكم.

وَلِلْحَجْرِ أَرْبَعَةُ أَحْكَامٍ؛ مَنْعُ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ الْمَوْجُودِ

(أل) في (**لِلْحَجْرِ**) للعهد؛ أي: لحجر المفلس أربعة أحكام؛ **الأول**: (**مَنْعُ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ الْمَوْجُودِ**) احترازاً مما إذا لم يوجد؛ فإنه لا يمنع كالتزامه عطية شيء إن ملكه، اللهم إلا أن يملكه ودينهم باق فلهم حينئذ المنع. ومراد المصنف بالمنع من التصرف: هو التصرف الخاص وهو التبرع؛ لقوله بعد هذا: (**مُعَامَلَتِهِ**) ولكن إن أراد هذا دخل عليه النكاح، فإنه ممنوع من التزويج في المال الذي فلس فيه، قاله في المدونة، قال: وله أن يتزوج فيما أفاده بعده. وظاهرها وظاهر العتبية: أن له أن يتزوج قبل التفليس.

ابن رشد: هذا إذا تزوج مَنْ يشبه حاله وأصدقها مثل صداقها، ولو كان أكثر لكان غرماؤه أولى، وترجع هي عليه به، واختلف هل يُقَامُ المفلس من السوق لئلا يُغَشُّ الناس بالبيع هنا؟ قال مالك في الموازية فيمن تَعَمَّدَ إتلاف أموال الناس: يقام من السوق، كما قال في السفيه إذا حجر عليه. وقال مطرف وابن الماجشون في الواضحة: والمفلس لا يقام للناس.

اللخمي: وهذا أحسن فيمن لم يتعمد تلف ذلك.

فرعان:

الأول: اختلف في الكتابة؛ فقيل من ناحية العتق فترد، وقيل: من ناحية البيع فتمضي.

اللخمي: وأرى أن ينظر في قيمته مكاتباً؛ فإن كانت كقيمته رقيقاً مضت مطلقاً إلا أن يتعذر بيع المكاتب، وكذلك إن كانت قيمته مكاتباً أبخس إلا أنها تفي بالدين، وإن كانت لا تفي؛ ردت إن كانت بعد الحجر أو قبل وكان البخس لتخفيف في الكتابة؛ لما يرجى من الولاء، إلا إن كانت قبله في حسن النظر لكثرة النجوم، كمن باع سلعة بثمن إلى أجل

وكان بيع ذلك الدين لا يفي بالثمن لو بيعت على النقد فإنه لا يرد.انتهى. وهذا إنما يأتي إذا أجرينا الكتابة مجرى البيع.

الثاني، قال في المدونة: ورهن من أحاط الدين بماله وبيعه وقضاؤه جائز ما لم يفلس، وقد كان مالك يقول: إذا تبين فلسه فليس له ذلك ويدخل الغرماء معه فيه، وليس بشيء، وعلى الأول جماعة الناس.

وحكى في المقدمات قولاً ثالثاً بجواز قضائه لبعض غرمائه دون رهنه، أما لو قضى جميع ما بيده لأحد غرمائه، فأشار السيوري إلى أن ذلك لا يختلف في رده وأفتى بذلك، وإنما اختلف إذا قضى البعض، وقال بعض القرويين: إنه يتفق على رده إذا عجله لبعضهم قبل أجله.

وَفِي مُعَامَلَتِهِ ، ثَالِثُهَا: بِالنَّقْدِ لا بِالنَّسِيئَةِ، وَرَابِعُهَا: بِمَا يَبْقَى لا بِمَا يَذْهَبُ

أي: وفي صحة معاملة المفلس وعدم صحتها، والذي اقتصر عليه اللخمي والمازري وابن شاس: أن بيعه وشراءه لا يمضي. وفي الجلاب: أن بيع المفلس وابتياعه جائز ما لم يحاب. ولم أقف على غير هذين القولين، على أن بعض من تكلم على الجلاب أوله بأن مراده مَنْ ظهر عليه الفلس قبل أن يحجر الحاكم عليه، قال: وأما إن حجر عليه فلا يجوز له تصرف البتة. ولا خلاف في جواز بيعه إذا لم يحجر عليه بشرط ألا يحابي، قاله في المقدمات.

وقوله: (**بِمَا يَبْقَى لا بِمَا يَذْهَبُ**) أي: لا يسرع إليه التلف كالعقار.

ابن عبد السلام: ولستُ على وثوقٍ من نسبة هذه الأقوال للمذهب، بل ورأيت من الحفاظ من ينكرها، والأول منها هو المعروف في المذهب، ولو صح بيعه وشراؤه لما كان للحجر عليه كبير فائدة، وإنما حكيت هذه الأقوال في مستغرق الذمة بالحرام والمغصوب، على القول بأن حكمه حكم من أحاط الدين بماله لا حكم المفلس وهو الأظهر، ومنهم من

رأى حكمه حكم المفلس فمنع من معاملته مطلقاً، هكذا [٥٢٣/ب] حرره بعض المحررين من الشيوخ.

وَيَمْضِي عِتْقُ أُمِّ وَلَدِهِ، وَرَدَّهُ الْمُغِيرَةُ

أمضاه ابن القاسم في الكتاب ورده المغيرة ، وقال: ليس هو كطلاقه لزوجته، بل هي كرقيقه؛ لارتفاقه بها. ومنشأ الخلاف: هل هي كالزوجة لأنه ليس له فيها إلا الاستمتاع، أو كالأمة لأن فيها شائبة الرق، ولأن أرش جنايتها للسيد؟

وفهم من قوله: (**وَيَمْضِي عِتْقُ أُمِّ وَلَدِهِ**) أنه لا ينبغي للمفلس أن يقدم على ذلك ابتداءً، وهذا مقيد بأم الولد التي أولدها قبل الحجر، وأما لو أولدها بعده؛ فيرد عتقها لأنها تباع إذا وضعت دون ولدها.

وَفِي إِتْبَاعِهَا مَالَهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ يَسِيراً قَوْلانِ

إذا فرعنا على المشهور من إمضاء العتق، فإن لم يستثن السيد مالها، فقال مالك في العتبية: يتبعها لأن السيد باعتبارها غير مفلس. وقال ابن القاسم: لا يتبعها إلا أن يكون يسيراً، لأن الغرماء إنما لم يكن لهم ردها لأنهم لا منفعة لهم فيها بخلاف مالها.

وَتَصَرُّفُهُ شَارِطاً أَنْ يَقْضِيَ مِنْ غَيْرِ مَا حُجِرَ عَلَيْهِ فِيهِ صَحِيحٌ

إذا اشترى شيئاً على أن يقضي ثمنه من غير ما حجر عليه فيه بل مما يطرأ جاز؛ إذ ليس فيه إتلاف على الغرماء.

خليل: وانظر هذا فإن فيه البيع لأجل مجهول وقابله بما قالوه فيمن تزوجها إلى ميسرته أنه لا يجوز، وقد تقدم أن شيخنا رحمه الله أخذ من هذا أنه يجوز أن يشتري سلعة بشرط أن يدفع ثمنها إذا فتح الله عليه وانظر ذلك.

وَكَذَلِكَ طَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ وَاسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ وَعَفْوُهُ

يعني: وكذلك تصح تصرفاته غير المالية كطلاقه، فأحرى خلعه لأخذه فيه مالاً، وذلك أنفع للغرماء، وله أن يستوفي القصاص الذي وجب له؛ إما بسبب جناية عليه أو على وليه، وله أن يعفو عن الجاني، ولا إشكال في هذا على قول ابن القاسم الذي يرى أن موجب العمد قود كله، وأما على قول أشهب الذي يرى أن الواجب الخيار للولي بين القصاص والدية فقد غمزه بعضهم، والأظهر أنه لا إشكال فيه على قاعدة المذهب؛ لقولهم أنه لا يجبر على انتزاع مال أم ولده ومدبره.

ووقع في بعض النسخ (وغيره) عوض قوله: **(وَعَفْوُهُ)** فيعني به كاستلحاق النسب أو اللعان، والله أعلم.

وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ عَنْ قُرْبٍ

يعني: أن إقرار الغريم إما بدين في ذمته أو بمعين، وبدأ بالدين وذكر أنه يقبل إقراره في مجلس التفليس وبالقرب منه، ولا يقبل مع البعد للتهمة، وقيد بالمجلس وقربه؛ لأن الغالب في حق من يعامل الناس أنه لا يستحضر جميع ما عليه إلا بتفكر.

ابن عبد السلام: وظاهر كلامه أنه يقبل في المجلس وبالقرب منه، سواء كان الدين الذي فلس به ثبت ببينة أو بإقرار، وهو اختيار بعض الشيوخ. والظاهر عندي: أن الغالب عدم استحضاره لجميع الدين في وقت واحد، لكن الذي نص عليه محمد وحملوا عليه المدونة أن هذا خاص بما إذا ثبت الدين بإقراره، وإن كان ببينة فإنه لا يقبل وإن كان في المجلس.

ولمالك في الموازية قول ثالث: أن من أقر له المفلس إن كان يعلم منه إليه تقاض ومداينة وخلطة؛ حلف المقر له ودخل في الحصاص مع من له بينة.

وزاد بعضهم رابعاً: أنه يقبل ما لم يحز عنه المال؛ لأنه حينئذ كالرهن للغرماء. وفهم من كلام المصنف أنه إذا أقر قبل التفليس أنه يقبل؛ لأنه إذا قبل في مجلس التفليس فأحرى قبله.

قال في المقدمات: ولا خلاف في ذلك إن كان المقر له لا يتهم عليه، وفي المتهم عليه خلاف. وكذلك حكى اللخمي وقال: عدم الجواز أحسن.

ابن راشد: ونزلت عندنا بقفصة وكتب فيها قاضي الجماعة بما اختاره اللخمي من البطلان.

خليل: وفي الاتفاق الذي حكاه في المقدمات نظر، فقد حكى المازري وغيره أنه وقع لابن نافع في المبسوط أنه لا يجوز إقرار من تبين فلسه وإنما لم يضرب على يديه.

ابن رشد: وحد التفليس الذي يمنع قبول إقراره أن يقوم عليه غرماؤه فيسجنوه أو يقوموا فيستتر عنهم فلا يجدوه، وذكر غيره أنه اختلف بماذا يكون مفلساً؟ فقيل: بالمشاورة فيه. وقيل: إذا رفعوه للقاضي. وقيل: بجعله في السجن.

ثُمَّ لا يُقْبَلُ إِلا بِبَيِّنَةٍ وَيَكُونُ فِي ذِمَّتِهِ

أتى بـ(**ثُمَّ**) المقتضية للتراخي؛ يعني: فإن لم يقر في المجلس ولا بقربه بل بعد ذلك لم يقبل إقراره، إلا أن تشهد البينة لصحته، وإذا لم يقبل بقي ما أقر به في ذمته، فإذا أفاد مالاً بعد ذلك دخل فيه هذا المقر له؛ لأن التهمة إنما كانت في المال الأول.

قال في المقدمات: وأما لو داين قوماً آخرين ثم فلس؛ فلا دخول للمقر له أولاً معهم، لأن حقه على قوله فيما كان أخذه الأولون، فإن فضل عن الآخرين فضلة دخل معهم الأولون.

واختلف إذا كان إقراره أولاً صحيحاً ولم يرض المقر له بتفليسه ولا دخل في المحاصة؛ فقال محمد: له أن يدخل مع الآخرين. وقال مطرف في الواضحة: لا يدخل معهم.

اللخمي: وإن كان غائباً حين فلسه ثم قدم؛ كان له أن يدخل مع الأولين فيحاصصهم، ويختلف إن أحب أن يدخل مع الآخرين؛ فعلى قول **محمد** له ذلك.

وقال ابن القاسم في كتاب السرقة: لا يدخل معهم وهو موافق لقول مطرف، وهو أحسن؛ لأن هذه الأموال للآخرين لا شركة للأولين فيها.

واختلف إذا بقي أحد الأولين في يده نصيبه من المحاصة؛ فعلى قول ابن القاسم: يضرب مع الآخرين بقدر ما أبقى كمداينة حادثة [٥٢٤/ أ]. وفي الواضحة: يضرب بأصل دينه.

فَإِنْ قَالَ قِرَاضٌ أَوْ وَدِيعَةٌ وَعَلَى أَصْلِهِ بَيِّنَةٌ ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُقْبَلُ. وَقَالَ أَشْهَبُ بِالتَّعْيِينِ. وَقَالَ أَصْبَغُ: وَإِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ إِذَا عَيَّنَهُ وَكَانَ لِمَنْ لا يُتَّهَمُ

يعني: وإن أقر بشيء معين في يده في المجلس أو أقر به وقال: هو قراض لفلان أو وديعة، فقال ابن القاسم: يقبل ذلك منه إذا شهدت بينة على أصل القراض والوديعة. واشترط أشهب إذا شهدت على تعيين ذلك أنه له، هكذا نقل غير واحد قول أشهب. واكتفى أصبغ بتعيين المقر وإن لم تكن بينة إذا كان إقراره لمن لا يتهم عليه، وحكى في البيان فيما إذا قال: هو قراض فلان أو وديعة فلان ثلاثة أقوال:

الأول لمالك في سماع عيسى: أنه جائز مع يمين المقر له.

والثاني لابن القاسم في العتبية وآخر الوصايا الثاني من المدونة: أن إقراره لا يجوز.

والثالث: الفرق إن كان على أصله بينة صُدِّقَ أن هذا هو ذلك المال، وإن لم تكن على أصله بينة لم يصدق، ورواه أبو زيد عن ابن القاسم، قال، وقيل: إن رواية أبي زيد مفسرة للقولين.

ابن عبد السلام: وما حكاه عن كتاب الوصايا الثاني ليس نصاً في تعيين المقر به، بل ظاهره عدم التعيين، وهو نص التهذيب.

وإن أقر الولد أن أباه أوصى لرجل بثلث ماله وعلى الولد دين يستغرق مورثه وأنكر غرماؤه الوصية؛ فإن كان إقراره قبل القيام عليه بالدين جاز، ولا يجوز إقراره بعد القيام عليه، وكذلك إقراره بدين على أبيه أو وديعة عند أبيه فإقراره بعد قيام غرماء المقر عليه لا يقبل إلا ببينة، وإقراره قبل أن يقام عليه جائز، لكن في آخر كتاب القراض وكتاب الوديعة ذكر التعيين في إقرار المريض بالقراض والوديعة. أ.هـ.

وحكى المازري وغيره الثلاثة الأقوال التي حكاها ابن رشد في الوديعة في الصانع أيضاً إذا عين شيئاً لأحد.

وفي اللخمي: إذا ثبت البيع والإيداع، ثم قال بعد الفلس: هذا الثوب الذي اشتريت أو الوديعة التي قبضت، فقيل: لا يقبل إقراره، وقيل: يقبل، وقيل: لا يقبل في البيع ويقبل في الوديعة، والإبضاع والقراض والقبول في الجميع أحسن؛ لأن الأصل وجود هذه الأشياء عنده حتى يُعْلَمَ أنه تصرف فيها.

ابن يونس: ولم يختلف في المريض يقول: هذا قراض فلان أو وديعته أنه يقبل إقراره إن كان لم يتهم عليه وإن لم تكن على أصل ذلك بينة؛ لأن الحجر على المريض أضعف من الحجر على المفلس؛ لأن المريض يشتري ما يحتاجه بخلاف المفلس.

وَالْمَالُ الْمُتَجَدِّدُ يَحْتَاجُ إِلَى حَجْرٍ ثَانٍ

يعني: أن ما استفاده بعد الحجر عليه أو نشأ عن معاملة قوم آخرين، فإن له التصرف فيه حتى يحجر عليه حجراً آخر.

وَأُجْرَةُ الْحَمَّالِ وَالْكَيَّالِ وَنَحْوِهِ مِنْ مَصْلَحَةِ الْحَجْرِ تُقَدَّمُ

نحوه في الجواهر؛ يعني: أن أجرة من يحمل سلع المفلس إلى السوق مثلاً أو أجرة من يكيل الطعام أو يزنه تقدم على الديون؛ لأنه لولا ذلك ما أمكن الغرماء الوصول إلى الأثمان.

وقوله: (**الْحَمَّالِ**) بالحاء المهملة، وفي بعض النسخ بالجيم، والأولى أولى، فإنها أعم.

وَيَحْلِفُ الْمُفْلِسُ مَعَ شَاهِدِهِ، فَإِنْ نَكَلَ فَلِلْغُرَمَاءِ أَنْ يَحْلِفُوا

أي: إذا قام للمفلس شاهد واحد بدين؛ فإن حلف استحقه وقسم بين غرمائه، وإن نكل فللغرماء أن يحلوا محله في اليمين.

ابن حبيب: بعد التفليس، وأما قبله فلا، وهذا يؤخذ من كلام المصنف؛ لأن التفليس حقيقة إنما يطلق بعد الحجر. وكان القياس ألا يمكنوا من التحليف؛ لأن حقه إنما ثبت في ماله إذا ثبت أنه ماله، لكنهم اتهموا الغريم أن يكون قصد بنكوله إخراج المال عن الغرماء، ولاسيما وقد اختلف إذا أخذ الحق بشاهد ويمين ، هل هو منسوب إلى الشاهد فقط واليمين كالاستظهار، أو اليمين كشاهد ثان؟ ويظهر أثر الخلاف إذا رجع الشاهد، هل يغرم الحق كله، أو نصفه؟ وإذا تعارضت البينات فأقام أحدهما شاهدين والآخر شاهداً ويميناً وشاهده أعدل من الشاهدين ، هل تكون شهادته مقدمة أم لا؟

مطرف وابن الماجشون: ويحلف كل واحد من الغرماء على جميع الحق المشهود به لا على نصيبه؛ لأن كلاً منهما قام مقام المفلس، فإن حلفوا جميعاً استحقوا وتحاصوا، فإن نكلوا لم يستحقوا شيئاً، وإن حلف بعضهم ونكل بعضهم استحق من حلف.

ابن القاسم في رواية عيسى **وابن الماجشون**: قدر نصيبه فقط، كما لو حلف الجميع. وقال **ابن عبد الحكم**: جميع حقه. لكن إنما نقل عنه هذا في مسألة الوارث يقوم للميت شاهد أن عليه دين، والباب واحد.

بعض القرويين: وينبغي إذا نكل بعض الغرماء ولا فضل في الدين أن يحلف الغريم ويسقط عنه حق من نكل ، وليس لأصحابه أن يأخذوا ما نكل عنه وهذا كالورثة، ولو رجع بعض الغرماء بعد نكوله فأراد أن يحلف، فقال مطرف: لا يقبل كما لو نكل عن حق

نفسه، وقال ابن الماجشون: يقبل؛ لأنه قد يستريب أولاً ثم يظهر له ما يرفع الاسترابة بخلاف حق نفسه، لأنه يعلم أولاً صحته وبطلانه.

وَلا يُمْنَعُ مِنَ السَّفَرِ بِالدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ، إلا أَنْ يَحِلَّ فِي غَيْبَتِهِ فَيُوَكِّلَ مَنْ يُوَفِّيهِ

الباء الداخلة على (الدَّيْنِ) للسببية. وقوله: **(وَلا يُمْنَعُ)** زاد في الجواهر:(ولا يطلبه بكفيل أو بإشهاد). وفي السلم [٥٢٤/ ب] الثالث من المدونة: ولك منع غريمك من بعيد السفر الذي يحل دينك قبل قدومه، ولا يمنع من القريب الذي يقدم فيه قبل محل أجل دينه.

ابن القاسم في رواية عيسى: وعليه أن يحلف أنه لم يرد الفرار من الحق الذي عليه، وأنه ينوي الرجوع عند الأجل ليقضي ما عليه.

ابن يونس: وقال بعض أصحابنا: إنما تكون اليمين على المتهم.

وقوله: **(فَيُوَكِّلَ مِنْ يُوَفِّيهِ)** هو تقييد للمدونة في السفر البعيد، وهو ظاهر في المعنى، وإذا وكل فهل له عزل الوكيل؟

ابن عبد السلام: فيه تردد، واختار بعض المحققين أن له عزله إلى بدل لا مطلقاً، وأصل المذهب أنه إذا تعلق لأحد الغريمين حق بالوكالة أن لا يكون لمن وكله عزله.

خليل: وينبغي أن يقيد هذا بما إذا كان الموضع الذي يسافر إليه مأموناً، وكذلك ينبغي إذا كان سفره سبباً لئلا يوجد له ما يوفي الدين عند الأجل، كما إذا عومل شخص لأجل صنعته ثم أراد السفر وصنعته تتعذر عليه في السفر؛ لأنا لو أجزنا له السفر والحالة هذه أدى إلى أنه عند الأجل لا يوجد عنده ما يوفي الدين، والله أعلم.

الثَّانِي: بَيْعُ مَالِهِ، فَيُبَاعُ الْحَيَوَانُ عَاجِلاً، ويُقْسَمُ ولا يُكَلَّفُ الْغُرَمَاءُ أَلا غَرِيمَ سِوَاهُمْ، فَإِنْ كَانَ مَعْرُوفاً بِالدَّيْنِ اسْتُؤْنِيَ بِهِ فِي الْمَوْتِ. وقِيلَ: وفِي الْفَلَسِ ، وقَالَ أَصْبَغُ: يُنَادَى عَلَى بَابِ الْمَسْجِدِ فِي مَوْتِهِ و فَلَسِهِ كَمَا فَعَلَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وتُبَاعُ بِحَضْرَةِ الْمُفْلِسِ بِالْخِيَارِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ طَلَباً لِلزِّيَادَةِ ، ويُسْتَأْنَى فِي بَيْعِ رَبْعِهِ الشَّهْرَ والشَّهْرَيْنِ عَلَى الْمَشْهُورِ....

أي: الحكم الثاني من أحكام الحجر، واعلم أنه إذا قام الغرماء على المفلس فعلى القاضي أن يكلفهم إثبات ديونهم ، ثم يعذر فيما ثبت عنده على المفلس لكل واحد من دين صاحبه، فإذا وقع التفليس أو العجز عن الدفع؛ أمر كل واحد أن يحلف أنه لم يقبض من دينه شيئاً ولا أسقطه، وأنه باق عليه إلى الآن على ما عرف في مثل هذا اليمين، وعلى القاضي أن يسمي الشهود الذين ثبت بهم حقوق الغرماء، وإن لم يسمهم نفذ الحكم إن كانوا عدولاً وإلا فلا، حكاه في الطرر، فإن كان في الغرماء محجوراً عليه فهل يحلف المحجور عليه أو وصيه، أو لا يمين على واحد منهما ويؤخر إلى رشده؟ في المذهب ثلاثة أقوال للأندلسيين، وحكاها في المتيطية في المرأة المولى عليها تقوم بصداقها، قال: والمشهور إنها هي التي تحلف. وأفتى ابن عتاب بأن يمين القضاء توقف عليها حتى تخرج عن الولاية، فإن نكلت حينئذ عنها ردت، ولو كان في عقد أحدهم أنه يصدق في الاقتضاء دون يمين، فهل تسقط عنه اليمين إن كان مأموناً لأجل الشرط أو لا تسقط؛ لأن الحق للغرماء قولا لابن العطار وابن الفخار؟ قيل: يكلفهم إثبات ملكه لما يباع.

ابن عبد السلام: وإنما يتم هذا إذا قيل إن القاضي لا يمكن الغرماء من أخذ ما وجد في حانوته أو داره من العروض التي تصلح للرجال وللرجال والنساء، وظاهر المذهب أنه يقضى من ذلك، بل قال أهل طليطلة: إنه يهجم عليه ويؤخذ له ما يعرف أنه للرجال، وإذا استوفى الحاكم هذا باع ماله.

والترتيب في بيعه: أن يبدأ بما يخشى فساده؛ كالفواكه التي لا تبقى، ثم بالحيوان لسرعة تغيره ولأنه يحتاج إلى الإنفاق عليه فكان من حسن النظر بيعه، وليس المراد بقوله: (**عَاجِلاً**) أنه يباع في مجلس واحد، بل عدم الإطالة. ثم بالعروض، ثم بالعقار. وذكر في البيان خلافاً في العروض، هل يستأنى بها الشهر والشهرين كالعقار، أو الأيام اليسيرة كالحيوان؟

وقوله: (**ويُقْسَمُ**) أي: ثمن المبيع مع ما له من ناض، وطريق القسمة أن تعلم نسبة مال المفلس إلى مجموع الدين، فمثل تلك النسبة يأخذ كل واحد منهم.

قوله: (**ولا يُكَلَّفُ الْغُرَمَاءُ أَلا غَرِيمَ سِوَاهُمْ**) نبه بهذا على مخالفة هذا للورثة، فإنهم حكوا الاتفاق على أن الورثة يلزمون بذلك، والفرق أن عدد الورثة معلوم للجيران والأصدقاء وأهل البلد وغيرهم، بخلاف الدين فإنه يعسر الاطلاع عليه، وكثيرا ما يقصد الناس التخفي به.

واحترز بقوله: (**فَإِنْ كَانَ مَعْرُوفاً بِالدَّيْنِ**) من غير المعروف به فإنه لا يستأنى، أي: ينتظر بقسم ماله في الفلس والموت بالاتفاق، وهكذا صرح به بعض من تكلم على هذا المحل، والمعروف بالدين يستأنى بقسم ماله في الموت اتفاقاً؛ لاحتمال طروء غريم آخر. واختلف في الفلس؛ ففي المدونة من رواية ابن وهب: لا يستأنى به، وروى غيره الاستيناء كالموت.

اللخمي: وهو أحسن، والفرق للأول أن ذمة المفلس باقية، فلو طرأ غريم لتعلق حقه بذمته، بخلاف الميت لزوال ذمته، ولأن المفلس لو كان له غريم آخر لعلم به.

(**وقَالَ أَصْبَغُ...**) إلخ. أي: إذا فلس الغريم أو مات ينادى على باب المسجد في مجتمع الناس أن فلان بن فلان قد مات أو فلس فمن كان له عليه دين أو له عنده قراض أو وديعة أو بضاعة فليرفع ذلك إلى القاضي.

أصبغ: وكذلك فعل عمر -رضي الله عنه- في الأسيفيع. وقوله يحتمل أن يكون عاماً، سواء قلنا بالاستيناء أو لا، وهو الظاهر، ويحتمل أن يريد أن هذه المناداة تقوم مقام الاستيناء.

واعلم أن قصة الأسيفيع إنما كانت في الفلس، لكن يؤخذ منه الحكم في الموت بطريق الأولى، لكن لم يذكر في الأثر: (يُنَادَى عَلَى بَابِ الْمَسْجِدِ) وإنما فيه أن عمر رضي الله عنه قال: **أما بعد؛ أيها الناس، فإن الأسيفيع أسيفيع جهينة رضي من دينه وأمانته بأن يقال: سبق الحاج، إلا وإنه قد أدان معرضاً فأصبح [٥٢٥/ أ] قد رين به، فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم.**

وقوله: (**وَيُبَاعُ بِحَضْرَةِ الْمُفْلِسِ بِالْخِيَارِ ثَلاثَةً**) هكذا رواه مطرف عن مالك، وقاله ابن القاسم وسحنون لتوقع الزيادة، وليس هو خاصاً بالفلس، بل في كل ما يبيعه الحاكم مما يوجبه حكمه؛ كبيع مال اليتيم والغائب، ولهذا جعل مدة الخيار ثلاثاً، وإلا فيجوز في العقار الشهر ونحوه، وفي الرقيق الجمعة ونحوها.

ابن عبد السلام: ولعل إحضار المفلس ليس بشرط في إنفاذ البيع، وإنما هو من باب الكمال وأبلغ في قطع حجة المفلس، وإلا فالحجر عليه مانع من بيعه، ولو أراد الامتناع من البيع لم يكن له ذلك.

خليل: ونص في الذخيرة على أنه مستحب، ولا يبعد أن يكون ذلك على الوجوب للعلة التي ذكرنا.

وقوله: (**وَيُسْتَأْنَى فِي بَيْعِ رَبْعِهِ الشَّهْرَ والشَّهْرَيْنِ عَلَى الْمَشْهُورِ**) أي: وينتظر، ولم أقف على الشاذ، وتكلم المصنف على ما يباع عاجلاً وهو الحيوان، وما يطال فيه وهو الربع وترك ما بينهما، وهو إشارة إلى أنه ينبغي أن يوسط بينهما بحسب النظر، وإنما قال ما قال في الربع ونحوه؛ لأنه يتنافس في أثمانه أكثر من غيرها.

وإذَا اخْتَلَفَتِ الدُّيُونُ قُوِّمَ مُخَالِفُ النَّقْدِ حِينَ الْفَلَسِ واشْتَرَى بِمَا صَارَ لَهُ مِنْ سِلْعَتِهِ

مثاله: أن يكون للواحد عرض وللآخر طعام وللآخر نقد، فيقال: كم يساوي عرض هذا وطعام هذا؟ فإذا قيل: كل واحد منهما يساوي مائة، وكان النقد مائة؛ كان المال بينهم أثلاثاً، واشترى لصاحب العرض بما نابه من جنس عرضه، هذا معنى قوله: **(بِمَا صَارَ لَهُ)** من الصيرورة. وفي بعض النسخ **(بما طار)** من الطيران، والمعنى متقارب.

والمعتبر في هذه القيمة يوم التحاصص على المشهور، وهو مراده بقوله:**(حِينَ الْفَلَسِ)** لكن تسامح في العبارة. وقال سحنون: يقوم المؤجل منهما يوم الفلس على أن يقبض إلى أجله، وألزم أن يقوم العين المؤجل كذلك ولا قائل به.

الباجي وصاحب المقدمات: فإن تأخر الشراء حتى غلا السعر أو رخص فلا، وإنما يكون التحاسب بينه وبين الغريم. وقال المازري: لو تغير السعر حتى صار يشتري به أكثر مما كان يشتري له يوم قسم المال؛ فالزائد بين الغرماء ويدخل معهم فيه ويصير كمال طرأ للمفلس. وذهب ابن الماجشون إلى هذا الفضل الذي حدث بمقتضى اختلاف السعر، يستبد به هذا الغريم الموقوف له المال ويشتري له بما بقي له في ذمة المفلس، بناء على ما أصله أن نصيبه ما وقف من ذلك ممن له الدين.

الباجي: فإذا اشترى له مما عليه من السلم اعتبر في ذلك الصفات التي وصفها، فإن وصفه بأنه جيد، فقال ابن عبد الحكم: يشتري له أدنى تلك الصفة. وقيل: أوسطها.

وَلا يُدْفَعُ فِي طَعَامٍ مُسْلَمٍ فِيهِ وَلا عَرْضٍ ثَمَنٌ ، إلا أَنْ يَكُونَ قَدْ أَسْلَمَ عَرْضاً فِي عَرْضٍ ....

يعني: أن ما ذكره من الشراء بما صار له من سلعته إنما هو عند التشاح، وأما إن رضي الغرماء بأن يأخذوا ما نابهم من الثمن؛ فذلك جائز، إلا أن يمنع منه مانع، كما لو أسلم في

طعام أو عرض. مثاله: لو أسلم عشرين درهماً في إردبين قمحاً ، أو في ثوبين ونابه في الحصاص عشر مثلاً؛ فلا يجوز أن يأخذها، لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفي، ويدخله أيضاً البيع والسلف إلا أن يكون رأس المال عرضاً آخر ، كما لو أسلم عبداً في ثوبين فصح له قيمة الثوب وبقي ثوب؛ فيجوز له أخذ تلك القيمة، لأن حاصل أمره أنه دفع عبداً في عبد وثوب. وإلى هذا أشار بقوله: (**إلا أنْ يَكُونَ قَدْ أَسْلَمَ عَرْضاً فِي عَرْضٍ**) وكذلك يمتنع في الصورة التي ذكرها المصنف إذا كان رأس المال ذهباً وأراد أن يأخذ عنه فضة أو بالعكس؛ لأنه صرف مؤخر.

وبالجملة فَأَجْرِ هذا الفصل على حكم الاقتضاءات ، فإن القاضي كأنه نائب عن المفلس، فلا يجوز أن يدفع للغرماء إلا ما يجوز للمفلس دفعه إليهم، ولم يجعلوا دخول القاضي رافعاً للتهمة. وقيل: إنه رافع لها؛ فتجوز كل مسألة منعت للتهمة.

وإِذَا هَلَكَ نَصِيبُ الْغَائِبِ بَعْدَ عَزْلِهِ فَمِنْه

يعني: إن كان بعض الغرماء غائباً فعزل القاضي له نصيبه ثم هلك؛ فمصيبته منه، لأن القاضي كوكيله، وحكى التونسي وابن يونس الاتفاق على ذلك.

وقوله: (**فَمِنْه**) أي فمن الغائب.

فَإِنْ ظَهَرَ غَرِيمٌ رَجَعَ عَلَى كُلِّ واحِدٍ بِمَا يَخُصُّهُ

يعني: إذا قسم الغرماء مال المفلس أو الميت ثم ظهر غريم آخر لم يعلم به؛ فإنه يرجع على كل واحد بما ينوبه في الحصاص لو كان حاضراً، ولا يأخذ ملياً عن معدم، ولا متاع حي عن ميت.

واحترز بقوله:(**ظَهَرَ**) مما لو كان حاضراً وسكت، فإنه لا رجوع له على من قبض من الغرماء اتفاقاً، ومثال ما ذكره المصنف مسألة المدونة: إذا كان لكل واحد من ثلاثة

رجال مائة غاب أحدهم ولم يعلم به وبيد المفلس مائة واقتسمها الحاضران، فإن القادم يتبع كل واحد بسبعة عشر إلا ثلثاً.

ابن القاسم: ولو وقف نصيب غائب فضاع؛ لضمن الغائبُ للطارئ حصته، لأنه لما وقف له صار بذلك كأنه أخذه في يده فوجب أن يرجع عليه الطارئ بحصته منه.

ابن يونس: وإذا غرم للطارئ حصته من الموقوف رجع بمثل ذلك في ذمة المفلس والميت؛ لأنه قد استحق ذلك مما وقف.

واعترض التونسي ما قاله محمد هنا بالوارث يطرأ على الوارث ، فإنه لا يضمن له ما هلك بيده إذا هلك، والمشتري يهلك ما بيده ثم يستحق؛ فإنه لا يضمن للمستحق شيئاً، ويرجع المستَحِق بثمن المستَحَق على من قبضه ، أو بقيمته على من غصبه، فيلزم في الغريم الموقوف له ألا يضمن للطارئ شيئاً، وفرق [٥٢٥/ ب] ابن يونس بين الوارث والغريم بأن الغريم دينه من معاوضة، فما هلك بيده فهو منه، لأنه ضمن بما دفع فيه، والوارث لم يضمن في ذلك ثمناً وداه، فوجب أن يكون هلاك ما قبض إذا هلك بأمر الله من الميت.

وَكَذَلِكَ لَوِ اسْتُحِقَّ مَبِيعٌ

يعني: وكذلك لو بيع بعض مال المفلس فخرج مستحقاً، فإن المشتري يرجع على كل واحد بما ينوبه. ونص ابن عبد السلام على أن ما استحق مما باعه المفلس قبل تفليسه كذلك.

وَلَوْ كَانَ مَشْهُوراً بِالدَّيْنِ، أَوْ عَلِمَ الْوَرَثَةُ وَأَقْبَضُوا بَعْضَ الْغُرَمَاءِ؛ رَجَعَ مَنْ بَقِيَ عَلَيْهِمْ ، ثُمَّ رَجَعُوا هُمْ عَلَى الْغُرَمَاءِ....

يعني: أن ما قدمه من رجوع القادم على الغريم القابض إنما هو إذا لم يكن الورثة عالمين بالدَّين الباقي ، أو كان غير مشهور بالدين؛ فإن القادم يرجع على الورثة، أما مع علمهم فظاهر لتعديهم، وأما مع شهرته بالدين فلاستعجالهم، فلذلك يرجع عليهم أو

على الوصي، ثم يرجع الورثة أو الوصي بذلك على الغرماء الذين اقتضوا أولاً، وهكذا في المدونة في باب المديان، وقال في باب بعد هذا: إذا قضى الورثة لمن حضر وهم يعلمون بدين القادم، فإنه إن وَجد الغرماء معدمين رجع على الورثة بما ينوبه من ذلك ثم رجع الورثة بما أدوا من ذلك على الغرماء الأولين.

ومقتضى قوله: (فإن وجد الغرماء معدمين رجع على الورثة) أنه يبدأ بالغرماء بخلاف الأول، وحمل اللخمي وغيره ذلك على الخلاف.

ابن عبد السلام: وهو الظاهر. **اللخمي**: والقول بالبداية بالغريم أحسن، إلا أن يكون تناول من الوصي أو الولي الأقرب بالأمر البين؛ لأن معه ناضاً أو كان الغرماء غير مليين أو غائبين؛ فيبدأ بالوارث أو الوصي بالاتفاق. انتهى.

وقال ابن يونس: بل الثاني والأول سواء، وإنما أراد أنهم يخيرون بين أن يرجعوا على الورثة أو الوصي، وبين أن يرجعوا على الغرماء، وخرج بعضهم على رواية أشهب أن الورثة إذا عَزلوا للدين أضعافه وباعوا ليرثوا؛ أن البيع باطل ويفسخ ويكون لجميع الغرماء إذا لم يحضروا أخذ السلعة من أيدي المشترين ، إلا أن يشاء المشترون أن يدفعوا قيمة ما بأيديهم أو ثمنه أو بعضه إن كان قائماً.

ابن عبد السلام: وفي التخريج نظر؛ لأن مذهب أشهب في من اشترى سلعة شراء فاسداً وقبضها ودفع ثمنها أن له أن يمسكها على سبيل الرهن حتى يأخذ الثمن الذي دفعه. انتهى.

المازري: ولا يختلف أن الورثة منهيون عن البيع قبل الدين، فإن فعلوا فللغرماء فسخ ذلك إن لم يقدروا على أداء الدين إلا بالفسخ، وأما إن قضاه الورثة من أموالهم وأسقط الغرماء حقوقهم؛ فالأشهر من المذهب أن البيع لا ينفسخ، لأن النهي عن البيع لحق المخلوقين وقد سقط ، ومقابل الأشهر رواه أشهب فذكر ما تقدم.

تنبيه: وقد تبين لك موافقة كلام المصنف للمدونة، وعلى هذا فقوله: **(وَلَوْ كَانَ)** أي: الميت؛ لأن قوله:**(كَانَ مَشْهُوراً بِالدَّيْنِ)** قسيم لقوله: **(أَوْ عَلِمَ الْوَرَثَةُ)** وعلم الورثة إنما هو مع الموت فكذلك قسيمه، ولأن قوله: **(رَجَعَ مَنْ بَقِيَ عَلَيْهِمْ)** أي: على الوارث، والوارث إنما يكون في الموت، وليوافق مذهب المدونة، وقول **ابن عبد السلام**: أن المصنف هنا جمع بين الفلس والموت وهو خلاف المدونة ليس بظاهر.

وإِذَا رَجَعَ عَلَى الْوَرَثَةِ فَلْيَأْخُذْ مِنَ الْمَلِيِّ عَنِ الْمُعْدَمِ مَا لَمْ يُجَاوِزْ مَا قَبَضَ الْوَارِثُ بِخِلافِ الْغُرَمَاءِ....

يعني: إذا توجه الغرم على الورثة؛ فإما أن يجدهم أملياء، أو عدماء، أو بعضهم أملياء، فالأملياء يرجع على كل واحد بما ينوبه، والعدماء لا رجوع له على واحد منهم، وإن وجد بعضهم معدماً؛ فإنه يأخذ من الملي الأقل من دينه أو ما قبض، لأنه إن كان دين القائم أقل وقبضه سقط ما نابه، وإن كان ما قبض أقل لم تلزمه الزيادة، لأنه لو لم يقبض شيئاً لم يلزمه غرم البتَّة.

وقوله:**(بِخِلافِ الْغُرَمَاءِ)** أي: فإنه إنما يأخذ كل واحد بما ينوبه، والفرق تساوي الغريم الطارئ مع الغرماء بخلاف الورثة؛ إذ لا يستحق واحد منهم ميراثاً إلا بعد قضاء الدين.

ابن عبد السلام: وينبغي إذا علم الغرماء بالغريم الطارئ أنه يكون كالوارث، ويأخذ الملي عن المعدم ، وكذلك ينبغي في الورثة إذا علموا أن يرجع على كل بمبلغ التركة كلها إلا بما قبضه، والله أعلم.

فرع: واختلف في طريان وارث على وارث وموصى له على موصى لهم، فقال ابن القاسم، ورواه عن مالك: هو كطريان غريم على غرماء، فلا يأخذ ملياً عن معدم. وقال أشهب وابن عبد الحكم: كطريان غريم على ورثة، فيقاسم الملي منهم في جميع ما صار له، كأن الميت لم يترك غيرهما، ثم يرجعان على سائر الورثة، وكذلك الموصى لهم حتى يعتدلوا.

وَإِذَا تَلِفَ مَالُ الْمُفْلِسِ ، فَثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ عَرْضاً فَمِنْهُ، وَإِنْ كَانَ عَيْناً فَمِنْهُمْ. وَرَابِعُهَا: إِنْ كَانَ مُفْلِساً فَمِنْهُ، وَإِنْ كَانَ مَيِّتاً فَمِنْهُمْ

وقوله: (**الْمُفْلِسِ**) يريد أو الميت، ودل على حذف هذا المعطوف تفصيله في القول الرابع بين الفلس والموت، فإن تفصيله في هذا القول يدل على أن الثلاثة المتقدمة علمت، ويحتمل أن يكون أطلق المفلس على الحي والميت، وذكر المصنف أربعة أقوال:

الأول: أن ضمانه من المفلس حتى يصل إلى الغرماء عيناً كان أو عرضاً، رواه أشهب عن مالك، وقاله ابن عبد الحكم، واختاره اللخمي وابن عبد السلام؛ لأن ذلك المال ماله فيبقى ضمانه منه حتى يتحقق الناقل، ولا ناقل سوى ما تعلق به من حق الغرماء وتعلق حقهم بتلك العين أو العرض تعلق عام، وحق المديان متعلق بأعيانها، ومثل هذا من التعارض يوجب رجحان الإضافة للمديان، ولأن من [٥٢٦/ أ] حق الغرماء التوفية في الكيل والوزن، وكل ما كان قبل ذلك فهو في ضمانه حتى يوفى لهم.

الثاني: أن ضمان ذلك من الغرماء من حضر أو غاب، ومن علم منهم ومن لم يعلم، كان دينه عرضا أو غيره ، ورواه ابن الماجشون عن مالك، وقال به هو وابن المواز.

الثالث: إن كان مال المفلس عرضاً فضمانه منه، وإن كان عيناً فضمانه من الغرماء، قاله ابن القاسم ورواه عن مالك، وقيده بعض القرويين وصاحب المقدمات بما إذا كان العرض مخالفاً لدينهم؛ بأن تكون ديونهم عيناً أو عرضاً مخالفاً، وأما إن كانت مماثلة فمصيبتها منهم؛ لأنهم يتحاصون فيها ولا يحتاجون إلى بيعها، وأبقاه المازري وغيره على إطلاقه، ورأوا أن الديون وإن كانت عروضاً فإنما يستحق الغرماء العروض بقيمتها من العين، وعورض ابن القاسم في قوله: إن ضمان العين من الغرماء. بأن المفلس لو اشترى منها سلعة بعد الإيقاف كان كماله، ولما عورض بهذا سكت. وأجاب المازري بأنه متعد

في التصرف، ومن تعدى على دنانير أو دراهم فتجر فيها فربحها له، قال: ولعله سكت استثقالاً للمعارضة التي هي كالمناقضة.

والقول الرابع من كلام المصنف لأصبغ. وزاد المازري والمتيطي خامساً: أن مصيبة الدنانير ممن له الدنانير، ومصيبة الدراهم ممن له الدراهم، وعزي للمغيرة.

ابن عبد السلام: وقول ابن القاسم على نقله في المقدمات قريب منه؛ لقوله بعد ذكر قول ابن القاسم: فتحصيل مذهبه أن ما يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغريم؛ لأنه إنما يباع على ملكه، وما لا يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغرماء.

ومنشأ **الخلاف**: هل الحاكم كوكيل عنه؛ لأن الأصل استصحاب ملكه، وما لا يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغرماء، ولأنه لو حصل ربح لكان له وهو وكيل عنهم والمال محاز عنه وقد منع من التصرف فيه، ولا يخفى وجه من قال بالفرق، وهذه الأقوال إذا كان الوقف على يد حاكم، ولو تولى ذلك الغرماء أو الورثة لكان ذلك من المديان، والله تعالى أعلم.

وَيُتْرَكُ عَلَى الْمُفْلِسِ كِسْوَتُهُ الْمُعْتَادَةُ لِمِثْلِهِ، وَقِيلَ: مَا يُوَارِيهِ

احترز بالمعتادة من التي للزينة فإنها تباع، والشاذ لابن كنانة، وروى ابن نافع عن مالك: أنه لا يترك له شيء، وظاهره ولا ما يواريه، ولكن رده ابن رشد بقول ابن كنانة، وقول ابن كنانة هو القياس، ورأى في المشهور أن العرف جرى باستثناء الثياب المعتادة.

ابن القاسم: وإن كان له ثياب فيها فضل عن لباس مثله بيعت.

اللخمي: يريد ويشتري دونها، ويترك له أيضاً على المشهور -إذا اختلفت الكسوة لولده- الكسوة لولده الصغار، وشك مالك في كسوة زوجته، هكذا أضاف صاحبُ البيان وأكثرُهم الشكَّ لمالك، وأضافه اللخمي لابن القاسم؛ أي: شك هل سمعها من مالك

أم لا، لا أنه شك في الحكم؛ لأن الزوجة ألزم من الولد ، فإذا ترك للولد فأحرى للزوجة. وقال سحنون: لا يترك لها كسوة.

اللخمي: وعلى هذا لا يترك للولد، وهو أبين، وحسبهم ما كان عليهم، قال: ولا أرى أن يستأنف أيضاً لها كسوة. قال في البيان: واتفق على أنه لو كساها قبل التفليس كسوة لا فضل فيها عن كسوة مثلها وهو قائم الوجه؛ أنه لا ينزع منها، ويباع ثوب جمعته إن كانت له قيمة وإلا فلا، ويباع عليه ما كان للقنية والتجارة؛ داره، وخادمه، ودابته، وسرجه، وسلاحه.

ابن القاسم: وخاتمه. ومنع أشهب بيع الخاتم، والأول أظهر، ويباع مصحفه، واختلف في بيع كتب الفقه عليه، والخلاف في ذلك جار على الخلاف في جواز بيعها من حيث الجملة، فكرهه مالك مرة ومنعه أخرى.

قال في الموازية: لا تباع في الدين ولا تورث، ووارثه وغيره ممن هو أهل لقراءتها سواء، ووجَّهه الباجي بأن طريقه النظر وليس مقطوعاً بصحتها، والمشهور الذي عليه الجمهور: جواز البيع.

ابن عبد الحكم: وقد بيعت كتب ابن وهب بثلاثمائة دينار وأصحابنا متوافرون حاضرون وغيرهم فما أنكروا ذلك، وكان أبي الوصي.

المازري: وأما تكفين ولده فجار أيضاً على ما ذكرناه في ولده الحي، وأما الزوجة فكذلك أيضاً يجري الأمر في تكفينها إذا قلنا: إنه لازم للزوج على أحد القولين على ما قدمناه من الكلام في كسوتها وهي حية. واختلف العلماء هل تكفن بثوب أو ثلاثة؟ قال: ويتخرج عندي على الخلاف في ثوبي الجمعة؛ لأن التكفين في الثلاث مستحب كثوبي الجمعة، قال: وكان شيخنا يتردد في بيع آلة الصانع كمرزبة الكمَّاد ومطرقة الحداد، قال: ويؤخذ حكمه مما تقدم، فإن كان يسيراً ولا يصلح أن يقيم أوده إلا منه؛ لم يبع ويصير مثل نفقة الأيام.

ويُتْرَكُ عَيْشُهُ وعَيْشُ زَوْجَتِهِ ووَلَدِهِ نَحْوَ الشَّهْرِ

هكذا لمالك في الموازية والواضحة، ولم يقيد ذلك في الموازية، بل في الزكاة الثاني: يترك له ما يعيش به هو وأهله الأيام، وحملها في البيان على العشرة ونحوها. قال: وليس بخلاف للقول الذي وقع فيه الشهر، وإنما هو على قدر الأحوال، وما جرى عليه العرف من التقوي في ذلك المكان، قال: والمراد بالأهل في المدونة أزواج المفلس ومن تلزمه نفقته من رقيقه وولده، وأمهات أولاده ومدبرته، وكذلك قال المازري: التحقيق أن يترك له نفقة اليومين والثلاثة خوفاً من كسله أو مرضه في غده وما بعده. وما ذكره المصنف هو المشهور، ولمالك في رواية ابن نافع لا يترك له شيء.

ولا يَلْزَمُهُ أَنْ يَكْسِبَ

أي: لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة:٢٨٠] ورأى اللخمي أن الصانع يجبر على التكسب؛ لأنه على ذلك عومل بخلاف التاجر، قال: وعلى التاجر تكلم مالك، قال: وكذلك يجبر على العمل إذا باع منافعه؛ مثل أن ينسج لرجل ثياباً أو يخيط ثياباً مدة معلومة، قال: ويفترق الجواب إذا كان محتاجاً إلى ما ينفق، فإن الصانع يتداين ليعمل ويقضي، فإنه يبدأ بنفقته ونفقة عياله، ثم يقضي دينه من الفاضل، وإن باع منافعه مدة معلومة بدئ بالذي استأجره وإن أدى ذلك إلى أن يتكفف؛ لأن منافعه صارت ملكاً لمن اشتراها فأشبه من باع سلعة ولم يسلمها حتى افتقر؛ فإنه [٥٢٦/ ب] يسلمها وإن تكفف ، إلا أن يخاف عليه الموت فيخير الذي استأجره بين أن يسلفه ما يعيش به دون عياله حتى يتم عمله ، أو يتركه فيعمل عند غيره بمثل ذلك؛ لأنه إن منع هلك، ولا ينتفع المستأجَر بشيء.

وَلا يُؤَاجِرَ مُسْتَوْلَدَتَهُ بِخِلافِ مُدَبَّرَتِهِ، وَلا يَنْتَزِعَ مَالَهُمَا، وَلا أَنْ يَعْتَصِرَ مَا وَهَبَه لِوَلَدِهِ....

يحتمل أن يقرأ: (**ولا يُؤَاجِرَ**) على البناء للمفعول؛ أي: لا يؤاجر القاضي أم ولده، لأنه لم يبق له فيها إلا الاستمتاع، بخلاف المدبر فإنه يؤاجره عليه لبقاء الخدمة له، ويحتمل أن يقرأ بجزم الراء على النهي عائدٌ على الحاكم أو على المفلس، ويحتمل أن يقرأ بالنصب عطفاً على (يتكسب) وهو أقرب إلى لفظه؛ ألا ترى أن قوله بعد: (**ولا يَنْتَزِعَ مَالَهُمَا**) وما بعده لا يصح فيه إلا النصب، لكن يرد على هذا أنه لا يلزم من قوله: (أن يؤاجر أم ولده) ألا يجوز له إجارتها، بل قد يفهم منه جواز الإجارة.

ألا ترى إلى قوله: (**ولا يَنْتَزِعَ مَالَهُمَا**) فإنه أشار بذلك إلى أنه يجوز له أن ينتزع، وإنما المنع أن يجبر على الانتزاع وإجارتها لا تجوز على المذهب، وفي معنى المدبرة المعتقة إلى أجل ونحوها ممن للسيد فيها الخدمة، وقد نص ابن شاس وغيره على أن المدبرة يؤجرِّها المفلس، وبه تعلم أن ما وقع في بعض النسخ (ولا مدبرة) ليس بجيد، وما ذكره أنه لا يلزمه انتزاع مال المدبر وأم الولد هو في المدونة، ورآها من معنى التكسب، وهو غير لازم؛ ولأنهم لم يعاملوه إلا على ملكه، فليس لهم الجبر على انتزاع ملك الغير.

وفي سماع ابن القاسم عن مالك من حبس حبساً وشرط إن شاء المحبس عليه أن يبيع باع؛ فلغرمائه أن يبيعوه عليه. صاحب المقدمات وابن زرقون: فيتخرج من هذا قول بلزوم الانتزاع ولزوم الاعتصار.

وَلا يَشْفَعَ وَلا يَسْتَسْلِفَ وَلَوْ بُذِلَ لَهُ

ولا يلزمه أن يشفع ولا أن يستسلف ولو بذل السلف له وكذلك لا يلزمه قبول هبة أو صدقة أو وصية، وإنما لم يلزمه أن يشفع وإن كان في الأخذ بالشفعة ربح؛ لأنه تسلف

وتجر وهو غير لازم؛ لأنه لا تلزمه عهدة بالشفعة، ولم يلزمه السلف؛ لأنه استدانة أخرى، نعم لو رضي أحد أن يسلف الطالب ما له على المطلوب ثم يرجع به على المطلوب لم يكن للمطلوب مقال؛ لأن المعروف إنما هو للطالب بالمطلوب إلا أن يفعل ذلك قصداً للضرر، واختلف العلماء فيما لو باع المديان سلعة بخيار ، ثم اشتراها كذلك ، ثم حجر عليه فأراد الإمضاء في المسألتين أو الفسخ فيهما ومنعه الغرماء من ذلك ، وأجرى ذلك المازري على الخلاف في الخيار هل هو منحل أو منعقد؟

وَلا يَعْفُوَ عَنْ دَمِ الدِّيَةِ

يحتمل أن يكون منقطعاً عما قبله فيكون مجزوماً؛ أي: لا يلزمه أن يعفو عن دم وجبت فيه الدية؛ لتعلق حق الغرماء بها. ويحتمل أن يكون منصوباً بالعطف؛ أي: لا يلزمه أن يعفو عن دم وجب له ليأخذ الدية، بل له أن يقتص، وقد ذكر الفرعين صاحب الجواهر، وقد تقدم ما يغني عن الاحتمال الثاني بقوله: (وكذلك طلاقه وخلعه واستيفاء القصاص) وعلى الاحتمال الأول يكون دم الدية مضافاً ومضافاً إليه، وعلى الثاني يكون الدم منوناً والدية مجرورة بلام الجر. وقال المصنف على الاحتمال الأول: (**دَمِ الدِّيَةِ**) ولم يقل: (دم الخطأ) ليشمل المأمومة والجائفة عمداً ونحوهما مما لا يقاد منه، والله أعلم.

وَلَوْ وَرِثَ أَبَاهُ بِيعَ وعَتَقَ فَضْلُهُ، ولَوْ وُهِبَ لَهُ عَتَقَ.

يعني: وإن ورث المديان من يعتق عليه أباً أو غيره، فقال ابن القاسم: يباع إن استغرقه الدين، وإن لم يستغرقه بيع منه بقدره وعتق الباقي، وهو معنى قوله: (**وعَتَقَ فَضْلُهُ**) فإن لم يمكن بيع بعضه بيع جميعه ويتملك الفاضل، ولا يبعد استحباب التصديق به، وخالف محمد ، فقال: لا يباع به. قال: وهو مثل الصبي والمولى عليه، فإنه يعتق عليهما من ورثاه؛ لأنه يجب حفظ مال المفلس على غرمائه كما يجب حفظ مال الصبي والسفيه

عليهما، ونص أشهب أيضاً على العتق في مسألة الإرث، وقد يقال: وهو جارٍ على المشهور؛ أعني: أن عتق القرابة يحصل بمجرد الملك ولا يتوقف على حكم. وأما على قول ابن القاسم فإنه يظهر إذا بنينا على أنه إنما يعتق بالحكم كما بينه بعضهم، إلا أن يقال: من شرط العتق بالقرابة ألا يوجد هناك مانع وهو هنا قائم وهو حق الغرماء.

ولو وهب للمديان قريبه لعتق عليه. **ابن القاسم**: لأنه لم يوهب له ليأخذه غرماؤه وإنما قصد به العتق.

صاحب المقدمات وغيره: وانظر هذا لو وهبه وهو لا يعلم ممن يعتق عليه، وجزم ابن يونس والمازري وغيرهما بأنه يباع في الدين؛ لأنه لم يقصد به العتق.

وَفِي انْفِكَاكِ الْحَجْرِ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ قَوْلانِ

يعني: إذا قسم مال المفلس وحلف على أنه لم يكتم شيئاً ووافقه الغرماء على ذلك، فهل ينفك الحجر من غير احتياج إلى حكم حاكم وهو قول اللخمي. ابن عبد السلام: وهو أكثر نصوصهم. أو لا ينفك إلا بحكم حاكم، وهو قول القاضيين ابن القصار وعبد الوهاب؟

ابن راشد: والأول جارٍ على مذهب ابن القاسم في المحجور عليه لسفه أن الحجر يزول عنه برشده في نفسه من غير ترشيد حاكم؛ لأن العلة في الحجر السفه؛ وهو خوف إتلاف المال، والعلة إذا زالت زال المعلول به، وقول القاضي عبد الوهاب جارٍ على القول المعمول به أن المحجور عليه لسفه لا يخرج من الحجر إلا بترشيد الحاكم.

الثَّالِثُ: حَبْسُهُ

أي: الحكم الثالث من أحكام الحجر حبس الغريم عند دعواه العجز ما لم يظهر عدمه ويثبت فقره. قال في المقدمات: ولا خلاف في هذا بين فقهاء الأمصار وقول ابن

عبد السلام في جعل الحبس من أحكام المفلس نظر؛ لأن المفلس يجب إنظاره من غير حبس [٥٢٧/ أ] ليس بظاهر.

ويُحْبَسُ الْمُعَانِدُ والْمَجْهُولُ الْحَالِ

يحتمل أن يريد بالمعاند معلوم الملاء، ويحتمل أن يريد من هو ظاهر الملاء، وللغريم ثلاثة أحوال: مليء، ومجهول الحال، ومعدم. والمليء ينقسم إلى قسمين المشار إليهما؛ أعني: معلوم الملاء ، وظاهر الملاء، ولنتكلم على كل واحد.

فأما معلوم الملاء: فمثلوه بأن يأخذ أموال الناس ويقعد للتجارة ثم يدعي ذهابها، ولم يظهر ما يصدقه من احتراق منزله أو سرقة أو نحوها، فيحبس حتى يؤدي أموال الناس أو يموت في السجن.

سحنون: ويضرب بالدِّرَّةِ المرة بعد المرة، و لو أدى إلى إتلاف نفسه حتى يؤدي أموال الناس. ابن رشد: وليس بخلاف. قال مالك: يضرب الإمام الخصم على اللَّدَدِ، وأيُ لدَدٍ أعظم من هذا.

عياض: ولا يؤخذ منه حميل، إلا أن يلتزم الحميل دفع المال، والصواب لا يؤخر ساعة إن عرف بالناض، وإن لم يعرف به ، فقالوا: يؤخر مقدار ما يبيع عروضه فيحبسه على ظاهر الروايات وعند أكثر الشيوخ. وقال غيره: لا يؤخر ويباع عليه لحينه، واختلف هل يحلف على إخفاء الناض إذا لم يكن معروفاً به، فقال ابن دحون: يحلف، وقال أبو علي: لا يحلف. قال ابن زرب: إن كان من التجار حلف وإلا فلا، وهو على الخلاف في يمين التهمة.

واختلف هل يؤخذ من هذا حميل بالمال أو يسجن حتى يبيع؟ أما إن كان صاحب العرض مُلِدًّا وسأل التأخير إلى بيع عروضه، وسأل أن يعطى حميلاً حتى يبيعها؛ ففيه خلاف

أيضاً، ذهب كثير منهم إلى أنه يلزمه حميل بالمال في رواية أبي زيد عن ابن القاسم، ونحوه فيمن عرف له مال غائب ليس عليه حميل، إلا أن يخشى عليه أن يموت أو يغيب عنهم.

ابن عتاب: وهي رواية ضعيفة، وذهب معظم الشيوخ إلى أنه يعطى حميلاً بالمال إلى أن يباع أو يسجن، ونحوه لسحنون في كتاب ابنه.

قال أبو بكر بن عبد الرحمن: وليس للإمام أن يبيع عليه عروضه كما يبيعها على المفلس؛ لأن المفلس قد ضرب على يديه ومنع من ماله.

ابن عبد السلام: وإذا علم يساره وجهل القاضي كونه من أهل الناض كلفه إثبات البينة بذلك، فإن أثبت أُجِّلَ في بيع عروضه. قالوا: ويؤجل في بيع ربعه إن لم يكن له غيره نحو الشهرين، ويعطى حميلاً بالمال عند أكثر الشيوخ. وقال ابن مالك: بل بالوجه. وقال سحنون: لا يلزمه حميل. وأما مَنْ ظاهره الملاء ولم يعلم ملاؤه ولكن يتهم على إخفاء المال، فقال سحنون وغيره: يسجن حتى يتبين أمره. سحنون: ولا يؤخذ منه حميل، وفهموه على أنه يريد حميل الوجه، وإن طلب أخذ الحميل منه ليخرج في طلب منافعه ويرجع إلى السجن؛ فإن عجز أخذ منه. واختلف في قول ابن القاسم وسحنون، فقيل: خلاف، وقيل: وفاق. فيحمل قول سحنون على أنه ملد ظاهر الملاء، وقول ابن القاسم على غيره. وأما مجهول الحال فيحبس ليُستبرَأ أمره، قاله مالك في الموازية، وقد اختلف فيما يحمل عليه حال هذا المجهول على ثلاثة أقوال.

اللخمي: وهو المعروف من المذهب أن يحمل الغريم على اليسر من غير اعتبار لحاله، ولا للسبب الموجب للدين. وقال مالك في المبسوط: إنه يحمل على العدم حتى يقوم دليل بملائه؛ لأنه قال: لا يحبس إلا التاجر. وقيل: إن كان الحق عن عوض فهو على الملاء، وإن كان عن غيره كنفقة الأب والابن فهو على العدم، قاله ابن القاسم وأشهب وابن كنانة وسحنون، واختلف على هذا القول هل ذلك إذا كان العوض مما يتملك أم لا؟

فحمل ابن القاسم وأشهب ذلك محملاً واحداً. وقال ابن كنانة وسحنون: إن كان العوض مما يتملك ويتمول فهو محمول على الملاء، وإن كان مالاً يُتمول كالصداق الذي هو عوض ما لا يتمول، وكأرش الجراح فهو محمول على العدم، وسيأتي الكلام على المعدم.

فَإِنْ سَأَلَ فِي الْيَوْمِ ونَحْوِهِ بِحَمِيلٍ آخَرَ

أي: سأل مجهول الحال، وهو الظاهر ، ويحتمل عوده عليه وعلى أحد قسمي المعاند؛ أعني: ظاهر الملاء، وفيه بُعْدٌ؛ لعود الضمير على بعض المعاند، إلا أن يقال: إنه لم يرد بالمعاند إلا ظاهر الملاء، لكن يبقى فيه بُعْدٌ لوجه آخر، وهو أنه قد يكون ترك النص على معلوم الملاء، ولا يصح أن يعود الضمير في سأل على معلوم الملاء؛ لأنه لا يؤخذ منه حميل كما تقدم.

وفي كلام المصنف ما ينبِّئ عنه، ويتبين له ذلك بذكر حكم المجهول وظاهر الملاء.

أما مجهول الحال: فظاهر المدونة يحبس قدر ما يتلوم من اختبار حاله، أو يأخذ عليه حميلاً.

عياض: ولم يبين هل بالوجه أو بالمال؟ والصواب أن يكون بالوجه، هكذا نص عليه أبو عمران وأبو إسحاق وغيرهما من القرويين والأندلسيين، ولا يقتضي النظر غيره؛ لأن هذا لم يثبت أنه مليء ولا غَيَّبَ مالاً، ولكن يسجن استظهاراً لكشف حاله، فإذا أعطى حميلاً إلى مدة الانكشاف؛ توصل بذلك إلى الكشف كما يتوصل بالسجن، فإن ظهر وجه الشدة عليه أمكنا منه الحميل. وحكى اللخمي عن سحنون: أنه لا يقبل ممن يسجن ليثبت فقره حميل ليسعى في مصالحه خلاف لابن القاسم. قال: وقول ابن القاسم أحسن، إلا أن يكون معروفاً باللدد. قال: وإذا أخذ الحميل منه، فإن لم يحضر غرم المال؛ لأجل اليمين اللازمة له إذا أحضره، وإن أحضره عند الأجل ولم يظهر له مال حلفناه وسرحناه، فإن لم يأتِ بحميل إلا إلى دون ما ينكشف حاله فيه؛ فإنه يقبل

منه، فإذا أخر إلى الأجل الذي ضمنه إليه ولم يكشف من أمره شيء سجن ، إلا أن يأتي بحميل آخر إلى انقضاء الأجل.

عياض: وهذا الحميل يقضى به على صاحب الدين أن يأخذه إذا بذله الغريم، وإذا قبل منه الحميل ليثبت عدمه فغاب الغريم وأثبت الحميل عدم [٥٢٧/ ب] الغريم، فقال ابن رشد: يغرم الحميل لتعذر اليمين اللازمة للغريم. وقال اللخمي: لا يغرم؛ لأن اليمين بعد ثبوت الفقر أنه لم يكتم شيئاً استظهاراً، إلا أن يكون ممن يظن أنه يكتم. وأما ظاهر الملاء يقيم بينته بالفقر ولم تزكَّ بينته؛ ففي كتاب ابن سحنون: لا يؤخذ منه حميل ويسجن حتى تزكى بينته. قيل: وإنما لم يقبل منه الحميل؛ لأنه إذا ذهب لم يحلف الحميل، إذ لابد من يمينه أنه لا يجد قضاء.

ابن يونس: يحتمل إنما سجنه؛ لأن ظاهره الملاء، والبينة التي لم تزكَّ كالعدم، وهذا كمن تفلس ، وقال: لا شيء لي. وأما إن سأل أن يؤخر ووعد بالقضاء؛ فليؤخره الإمام حسبما يرجى له الملاء، ولا يعجل عليه، قاله ابن الماجشون. وقال في كتاب ابن سحنون: وإن سأل أن يؤخر يوماً أو نحوه أُخِّر ويعطى حميلاً بالمال، فإن لم يجد حميلاً به سجن، وقال ابن الماجشون في سماك عليه سمك فسأل الصبر حتى يتصيد، قال: يصبر عليه، ولم يشترط الحميل ، ولعله يريد أنه لا مال له ولا يجد قضاء إلا من تصيده.

خليل: وفي كلام المصنف نظر؛ لأنه لم يقيد الحميل في المجهول باليوم كالمصنف، وإذا أراد ظاهر الملاء؛ فإنما نصوا على تأخيره اليوم إذا وعد بالقضاء، وكلام المصنف لا ينبني على ذلك، وذكر ابن راشد أن قضاة زمانه يؤخرون الغريم إذا وعد بالقضاء ثلاثاً.

فَإِنْ شُهِدَ بِإِعْسَارِهِ حَلَفَ وَأُنْظِرَ

يعني: وإن قامت البينة على أن الغريم الذي عليه الدين معسر حلف على ذلك؛ لأن البينة إنما شهدت على العلم، ويمكن أن يكون له مال أخفاه، ولا خفاء أن هذا في حق

مجهول الحال والمتهم، وأما معلوم الملاء فلا تقبل منه بينة إلا بذهاب ما بيده ، نص عليه اللخمي والمازري وغيرهما بأن تقول البينة: كنا نرى تصرفه في بيعه وشرائه ونزول الأسواق ونفقته على عياله ونقص ماله. اللخمي: وكذلك لا تقبل البينة ممن عليه دين منجم أدى بعضه ثم ادعى العجز إلا ببيان ذهاب ما بيده، وكذلك أيضاً الرجل يطلب برزق ولده بعد طلاق الأم فلا تسمع منه البينة إلا بذهاب ما بيده؛ لأنه بالأمس قبل الطلاق كان ينفق فهو اليوم أقدر لزوال نفقة الزوجة عنه.

وقوله: (**حَلَفَ**) هذه من المسائل التي يحلف فيها المدعي مع بينته، وكدعوى المرأة على زوجها الغائب بالنفقة والقضاء على الغائب. وقوله ضابطه كل بينة شهدت بظاهر يستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر، قال في المقدمات: وصفة يمينه أن يحلف أنه ليس له مال ظاهر ولا باطن، وإن وجد مالاً ليؤدِّينَّ له حقه ، وهذه الصفة ذكرها في المدونة عن الخليفتين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، وذكرها أيضاً صاحب الوثائق المجموعة والمتيطي وغيرهما، وبها أفتى ابن العطار وابن لبابة ، وذكرها ابن سهل عن جماعة كثيرة، وإن ادعى عليه بعد أن حلف أنه استفاد مالاً لم يكن للغرماء تحليفه. قال في المقدمات: وهذه فائدة زيادة قوله في اليمين: وإن وجد ليؤدين. حكى ابن الهندي عن محمد بن إسحاق بن السليم قاضي قرطبة: أن عبد الملك بن أيمن كان يزيد في اليمين الواردة عن الخليفتين وأنه يعجل الأداء؛ لأنه قد يؤدى إليه بعد زمان طويل فيبر في يمينه، وفي ذلك ضرر على أصحاب الدين، ويزيد: ولئن رزقه الله مالاً وهو في سفر ليعجلن الأوبة والأداء. ابن الهندي: وهذا كله استظهار واليمين المذكورة كافية؛ لأنها على نية المحلوف له.

قوله: (**وأُنْظِرَ**) فيه إشارة إلى الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة:٢٨٠] ورد على أبي حنيفة في قوله: إن صاحب الدين يلازم الغريم، ووجه الدليل أن الله تعالى أوجب إنظاره إلى اليسر.

تنبيهان:

الأول: قد ذكرنا أن ابن رشد والمتيطي وغيرهما نقلوا أن المذهب موافقة الخليفتين في صفة اليمين.

ابن عبد السلام: ونقل عن مالك أنه لم ير زيادة قوله: وإن وجد قضاء ليقضين. ولم أر من نقل ذلك عن مالك، فإن ثبت فيحمل على أنه قول شاذ، والله أعلم.

التنبيه الثاني: قد ذكرنا أولاً أنا نذكر حكم الغريم المعدم فلنذكره هنا فنقول: إن وافقه صاحب على العدم وجب إنظاره، وإن خالفه فإما أن يدعي المطلوب أنه يعلم بعدمه أم لا؟ فإن ادعاه حلف صاحب الدين أنه لم يعرفه عديماً ، فإن نكل لم يسجن؛ لأن نكول الطالب عن اليمين يقتضي أنه يعلم بعلمه. قال ابن شعبان وغيره: وبه كان يفتي ابن الفخار، فإن حلف رب الدين أو لم يدع عليه الغريم العلم حبس إلا أن يثبت عدمه، وإذا حلف المطلوب ، فقال أبو عمران: يحلف على البت. وقال غيره: على العلم؛ إذ قد يكون ملك مالاً من إرث أو هبة ولم يعلم به.

ابن راشد: وقول أبي عمران ظاهر المجموعة. وأشار اللخمي إلى أن من ظاهره الفقر بنزارة حاله وصناعته كالبقال والخياط ونحوهما من أهل الصنائع التي من شأن أهلها العدم يقبل قوله في العدم، ولا يحبس إلا أن تكون الدعوى في يسير عومل عليه في صنعته، ولا يصدق حتى يثبت ذلك.

فروع:

الأول: لو سأل الطالب أن يفتش على المديان داره. فقال ابن سهل: شاهد الفتوى والحكم بطليطلة أنه يفتش عليه مسكنه فما أُلفي من متاع الرجال بيع عليه وأنصف الطالب منه، ولا يختلف فقهاؤهم فيه، وأنكر ذلك على أكثرهم فلم يرجعوا عليه. وسألت ابن عتاب وابن مالك عن ذلك فأنكراه، وقالا: أرأيت أيضاً إن كان الذي في

بيته ودائع؟ فقلت له: ذلك محمول على أنه ملكه حتى يظهر خلافه، فقال: فيلزم الاستيناء به أهو للمطلوب أم لا. وأعلمت ابن القطان بعمل أهل طليطلة، فقال لي: ما يبعد.

ابن رشد: وأراه [٥٢٨/ أ] حسناً فيمن ظاهره اللدد والمطل.

الثاني: يجب الحبس على كل من عليه حق لا مدفع له فيه، ولم يعلم عدمه إلا من قوله، ولم يكن ظاهره العدم كما تقدم، فإن كان الحق على غيره وهو السبب فيه كالقاتل خطأً، ففي سجنه قولان لسحنون وأبي عمران، نقله ابن راشد.

الثالث: إذا شهد له قوم بالعدم وآخرون بالملاء، ففي أحكام ابن زياد: بينة الملاء أعمل وإن كانوا أقل عدالة، ويحبس حتى تقوم له بينة أنه عديم قبل ذلك. قال في المقدمات: وهو جيد. وقيل: إن بينة العدم أعمل وإن كانت أقل عدالة، وقيل: يعمل على شهادة أعدلهما، فإن تساويا سقطتا وبقي مسجوناً. وقيل: يعمل على أعدلهما فإن تساويا أطلق من السجن. قال في البيان: وهذا إنما هو إذا شهدت هذه بأنه عديم في ظاهر حاله وهذه أنه مليء في ظاهر حاله ولم يبيِّنوا أن له مالاً أخفاه، وأما إن شهدت بينة الملاء على إخفاء ماله؛ لما صح أن يختلف أنها تعمل.

ابن عبد السلام: وتأمل قوله أنه عديم في ظاهر حاله، فلعل معناه أنهم يعلمون أنه عديم في ظاهر الحال لا مال له ظاهراً ولا باطناً.

فَإِنْ طَالَ حَبْسُ الْمَجْهُولِ أُخْرِجَ، وَيَخْتَلِفُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ

يعني: إذا لم يجد من يشهد له وطال حبسه أخرج؛ لأنه يغلب على الظن فقره. قال في العتبية: وليس على القاضي أن يكلف الغريم البينة بأنه لا مال له، وإنما يسأل القاضي عنه أهل الخبرة والمعرفة، فإن لم يجد له مالاً حلفه وخلى سبيله. قال في البيان: وهذا في مجهول الحال، وأما إن حبسه للتهمة أنه أخفى مالاً؛ فلا يكتفي إلا بالبينة. **(وَيَخْتَلِفُ)** أي:

الطول بقدر الدين ، وذلك بحسب اجتهاد الإمام، وهذا هو تحقيق أهل المذهب ، قاله بعض كبار الشيوخ.

ابن الماجشون: ويحبس في الدريهمات اليسيرة الشهر ونحوه، وفي الوسط من ذلك الشهرين، وفي الكثير الأربعة.

المازري وغيره: وكذلك يختلف الطول بحسب تجلد الأشخاص في الحبس. واحترز المصنف بالمجهول من المليء، فإنه يسجن أبداً إلا أن يعطي.

وَيُحْبَسُ لِوَالِدِهِ، وَفِي حَبْسِ وَالِدِهِ لَهُ قَوْلانِ كَالْيَمِينِ

لا إشكال في حبس الولد للأبوين، وأما حبسهما له؛ فمذهب المدونة: أنهما لا يحبسان له، قال فيها: وإن لم أحبس الأبوين له فلا أظلم الولد لهما، مطرف: ويأمرهما الإمام فيما ثبت عليهما أن يقضياه. والقول بأنهما يحبسان له لمحمد. ولو قال المصنف: وفي حبس والديه لكان أحسن، ولعله اعتمد على إن حرمة الأم كالأب أو آكد.

وقوله: (**كَالْيَمِينِ**) تشبيه لإفادة الحكم، ومذهب المدونة أنهما لا يحلفان له، وإن أحلفهما فهو عقوق، ولابن الماجشون في الثمانية: أن تحليفهما مكروه وليس بعقوق فيقضى له بذلك. وفي الموازية عن ابن القاسم: أنه يقضى له بذلك إلا أنه عقوق وهو بعيد؛ لأن العقوق من الكبائر ، فلا ينبغي أن يمكن من فعله أحد، وقيد في البيان هذا الخلاف بما عدا قلب اليمين. قال: وأما إن وجبت يمين للأب على الابن فقلبها على الأب أو تعلق بها حق الغير؛ كما لو ادعى تلف صداق ابنته ، أو ادعى عليه زوجها أنه نحلها نحلة وانعقد عليها النكاح؛ فاتفق على أنه يحلف قاله ابن رشد.

ابن المواز وغيره: ويحبس أيضاً إذا امتنع من الإنفاق على ولده الصغير؛ لأن ذلك ليس من قبل الصغير، وإنما القاضي هو الذي حبسه. قال في المدونة: ويحبس للولد الأجداد والأقارب.

فائدة:

اختلف الطرطوشي وعياض هل للجد من البر ما للأب؟ فقال الطرطوشي لا، واحتج بهذه المسألة، قال: ولم أر نصاً في ذلك للعلماء. وقال عياض: إنه كالأب، واستدل بقولهم: إنه لا يقتص منه له، وأنه لا يغزو إلا بإذن جده. واستدلال الطرطوشي أحسن؛ لأن مقصوده أن لكل من الجد والأب حقاً في البر ، إلا أن الجد أقل لهذه المسألة، ولا يحسن استدلال عياض إلا أن لو كان قصد الطرطوشي نفي بر الجد مطلقاً؛ لأن غاية هذه المسائل أن تفيد أن للجد براً في الجملة ، أما كونه مساوياً للأب فلا.

وَيُحْبَسُ النِّسَاءُ وَيُؤْتَمَنُ عَلَيْهِنَّ مَأْمُونَةٌ أَيِّمٌ أَوْ ذَاتَ زَوْجٍ مَأْمُونٍ.

يعني: أن النساء كالرجال في حبسهن والتضييق عليهن، وقبول الحميل منهن على ما ذكر، إلا أنهن يحبسن عند امرأة مأمونة أيماً كانت أو ذات زوج مأمون.

فرع:

قال في المدونة: ويحبس السيد في دين مكاتبه إن لد، قيل: يريد ويحبس المكاتب في دين سيده ولا يحبس مكاتب عجز؛ إذ ليست في ذمته. اللخمي عن سحنون: ومن سجن في دين امرأته أو غيرها فأرادت زوجته أن تدخل إليه لتبيت عنده لم تمكن من ذلك؛ لأن المراد من حبسه التضييق.

وقال محمد بن عبد الحكم: إذا أراد الطالب أن يفرق بين الغريم وزوجته وطلب الزوجان أن يجتمعا؛ فذلك لهما إذا كان السجن خالياً.

اللخمي: وهو أحسن فيمن أشكل أمره هل هو في معنى اللدود؟ وأما من علم منه اللدد فالأول أحسن، وكذلك من ثبت فقره وعلم بأكل أموال الناس؛ فإنه يسجن ويضيق عليه أدباً له، ويمنع منه ولده ومن يعز عليه. انتهى.

وقال ابن يونس إثر قول سحنون المذكور، وقال محمد: إلا أن تشاء المرأة الدخول إليه وهي التي قد حبسته؛ لأنها لو شاءت لم تحبسه.

ابن عبد السلام: قال ابن المواز: لا يمنع المحبوس في الحقوق ممن يسلم عليه أو يحدثه، وإن اشتد مرضه واحتيج إلى امرأته تباشر منه ما لا يباشره غيرها وتطلع على عورته؛ فلا بأس أن تجعل معه حيث يجوز ذلك.

ابن رشد: وقول [٥٢٨/ ب] سحنون أظهر ، ولا يفرق بين الأب والابن والإخوة في السجن. محمد بن عبد الحكم: ولا يخرج المحبوس للجمعة والعيد.

اللخمي: وهذا يجري على قول بعض أهل العلم أن الجمعة فرض كفاية.

المازري: وعندي أن هذا لا يتخرج؛ لأن الجمعة لها بدل وتسقط للأعذار، وقد سقطت على أحد القولين لشدة المطر، وقد أبيح الانتقال عن الماء إلى التيمم إذا غلا الماء، فكذلك لا يبعد أن يكون الخوف على تلف مال الغرماء بخروجه للجمعة عذراً في سقوط فرض الجمعة، قال: والأولى عندي ألا يمنع من ذلك إذا كان على صفة لا يلحق الغرماء ضرر.

ابن يونس وغيره: ولو مرض في الحبس لم يخرج إلا أن يذهب عقله فيخرج حتى يعود إليه عقله ثم يعاد؛ لأنه إذا ذهب عقله لا فائدة في سجنه حينئذ لعدم علمه. وقال في الموازية: واستحسن إذا اشتد مرض أبويه أو ولده أو إخوته أو من يقرب إليه من قرابته وخيف عليه الموت أن يخرج بكفيل بوجهه فيسلم عليهم ثم يعود، ولا يفعل ذلك في غيرهم من القرابات.

الباجي: وهو استحسان ، والقياس المنع وهو الصواب عندي. ابن عبد الحكم: ولا يخرج لحجة الإسلام ، ولو أحرم بحجة أو عمرة فيقام عليه بالدين حبس ويبقى على إحرامه، ولو ثبت عليه الدين يوم نزوله بمكة أو منى أو عرفة استحب أن يؤخذ منه كفيل حتى يفرغ من الحج ثم يحبس بعد النفر الأول، ولا يخرج ليغير على العدو، إلا أن يخاف عليه

الأسر أو القتل بموضعه فليخرج إلى غيره، وإن قذف أخرج لإقامة الحد ، ويحبس الوصي فيما على الأيتام من دين إذا كان لهم في يده مال وكذلك الأب.

الرَّابِعُ: الرُّجُوعُ إِلَى عَيْنِ الْمَالِ بِشُرُوطٍ.

الرابع من أحكام الحجر على المفلس رجوع الطالب إلى عين ما خرج من يده من طعام أو حيوان أو عروض، أما في الموت فهو أسوة الغرماء، ورأى الشافعي أنه أحق فيهما، ولما في الموطأ عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**أيما رجل ابتاع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجده بعينه؛ فهو أحق به، فإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء**». وهو وإن كان مرسلاً هنا فقد وصله أبو داود من طريق إسماعيل وحديث إسماعيل عن الشاميين صحيح، فإن عورض هذا بما رواه أبو داود أيضاً عن ابن أبي ذؤيب عن أبي المعتمر عن عمر بن الحارث قال: أتينا أبا هريرة في صاحب لنا أفلس ، فقال: لأقضين فيكم بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم: من أفلس أو مات فوجد رجل متاعه بعينه فهو أحق به.

أبو داود: أبو المتعمر لا نعرفه، فإن قيل: قد ذكره ابن حبان في الثقات، قيل: هو مختلف فيه، فيرجح الأول لعدم الاختلاف فيه.

قوله: (**عَيْنِ الْمَالِ**) يشمل الدنانير والدراهم، وهو قول ابن القاسم قياساً للثمن على المثمون خلافاً لأشهب؛ لأن الأحاديث إنما فيها إذا وجد سلعته أو متاعه، والنقدان لا يطلق عليهما ذلك عرفاً، ويمكن أن يقال: بناء على أن الدنانير والدراهم هل تتعين أم لا.

فرع:

واختلف إذا أحاله بدين على غريم باع له سلعة ففلس المشتري المحال عليه بالثمن، هل يكون المحال أحق بالسلعة المبيعة؛ لأنه كالوكيل عن صاحبها، وهو اختيار ابن المواز أم لا، وهو قول أصبغ.

مِنْهَا: أَلا يُقَدِّمَهُ الْغُرَمَاءُ ولا يَدْفَعُوهُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ. وقِيلَ: أَمَّا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَلا

لما ذكر أن للرجوع شروطاً شرع في بيانها وذكر ثلاثة شروط:

الأول: ألا يفدى الغرماء بأن يدفعوا له ثمنها من مال المفلس أو من أموالهم، فإن فعلوا ذلك فلا مقال للبائع ولا للمفلس، وهذا مذهب الموازية.

ابن الماجشون: زاد في الموازية أو يضمنون الثمن وهم ثقة أو يعطونه حميلاً، والقول بأن ذلك ليس لهم من أموالهم لابن كنانة. ولأشهب ثالث: ليس لهم بالثمن حتى يزيدوا على الثمن زيادة يعطونها من دينهم وتكون السلعة لهم نماؤها وعليهم ثواؤها، ومذهب المدونة أن نماء السلعة للمفلس ومصيبتها منه. وقال ابن الماجشون: الربح والنماء له والخسارة على الغرماء. وقال ابن وهب: إن لم يرض المفلس بفدائها فنماؤها له؛ لأنها على ملكه وهلاكها منهم. وقال ابن الماجشون: لأنه تبرأ منها للبائع في دينه، وإن رضي فيكون نماؤها له ومصيبتها منه.

فرع:

إذا تبرع إنسان بقضاء ما على غيره أجبر الطالب على أخذه إذا كان قصد الدافع التخفيف عمن عليه الدين، ولم يقصد هبة صاحب الدين. وقال الشافعي: لا يجبر؛ لأن ذلك هبة، ولا يجبر أحد عليها، كذا أشار المازري في نقل المذهبين، فانظره.

وَلَوْ قَبَضَ بَعْضَ الثَّمَنِ فَلَهُ رَدُّهُا وأَخذُهَا إلى الضَّرْبِ بِالْبَاقِي

كما لو باعه داراً بألف وقبض منها خمسمائة، فإما أن يتركها أو يحاصص بالخمسمائة الباقية، وإما أن يرد الخمسمائة ويأخذ داره ، فإن تعدد المبيع؛ كما لو باع عبدين بعشرين ديناراً فاقتضى من ثمنهما عشرة وباع المشتري أحدهما وبقي الآخر عنده وفلس، فأراد البائع أخذ العبد الباقي منهما ، فليس له أخذه إلا أن يرد من العشرة التي اقتضاها خمسة؛

لأن العشرة الأولى كانت مقبوضة عليهما، وهذا إذا كانت قيمتها متساوية، وإلا فمن العشرة المقتضاة أولاً عليهما ورد [٥٢٩/أ] حصة الباقي، وهذا هو المشهور ، وتأول الباجي الموطأ عليه، وتأول أبو جعفر بن رزق الموطأ على ظاهره، وأن البائع لا يأخذ ما وجد من السلع إلا أن يرد جميع ما قبض، ونص الموطأ: وإن كان المشتري قد باع بعضه وفرقه، فصاحب المتاع أحق به من الغرماء ، لا يمنعه ما فرق المبتاع منه أن يأخذ ما وجد بعينه، فإن اقتضى من ثمن المبتاع شيئاً فأحب أن يرده ويقبض ما وجد من متاعه ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء؛ فذلك له.

ونسب الغزالي لمالك أن قبض شيء من الثمن فوت يمنع البائع من الرجوع في سلعته، وأنكره المازري، وحمله على أنه فهم ذلك من دليل الخطاب في الحديث الذي رواه مالك في موطئه حيث قال فيه: «**ولم يقبض البائع من ثمنه شيئاً**». فعزاه إليه، ونسب ابن عبد السلام مثل ما نسبه الغزالي للموطأ لأبي زيد.

وَلَوْ أَخَذَهَا فَوَجَدَ بِهَا عَيْباً حَادِثاً فَلَهُ رَدُّهَا وَيُحَاصُّ، أَوْ حَبْسُهَا وَلا شَيْءَ لَهُ

يعني: ولو أخذ البائع سلعته فاطلع فيها على عيب حادث عند المفلس، فالبائع مخير إن شاء ردها وحاصص بمجموع ثمنها، وإن شاء تمسك بها.

واعلم أن العيب إما أن يكون سماوياً أو بسبب المشتري أو بسبب أجنبي، فالحكم في السماوي كما ذكره المصنف على المشهور، ولمالك في مختصر ابن شعبان في الأمة تتعيب: يخير البائع إن شاء أخذها بقيمتها وإلا ردها وحاصص.

المازري: قال بعض أشياخي: معنى قوله: (أخذها بقيمتها) أنه يحط من الثمن ما نقص العيب، قال: ويحتمل أن يريد أنه يأخذها بقيمتها على ما هي ويحاسب بذلك من الثمن، وخرج بعض الشيوخ قولاً بالفوات إذا اشترى عبداً فهرم عنده ثم فلس، أو صغيراً فكبر

من أحد القولين أن ذلك يمنع الرد بالعيب، وإن كان ذلك من فعل المشتري ، كما لو أخلق الثوب، فلمالك في الواضحة ما ذكره المصنف. وقال ابن الماجشون: إلا أن يكون الثوب بلي بلاء فاحشاً فذلك فوت.

وحمل اللخمي قوله على الخلاف. وقال اللخمي والمازري: والقياس فيما كان بسبب المشتري أن يكون كجناية أجنبي بحسب النقص، وذكر أن الحكم في جناية الأجنبي أن للبائع أخذ سلعته بمقدار ما بقي منها بعد الجناية من قيمة الذاهب بنسبة ذلك من الثمن، فإن كانت الجناية النصف؛ خير في أخذها بنصف الثمن، و إلا أخذ المشتري لها أرشاً، فإن عادت إلى هيئتها من غير نقص فكما ذكر المصنف، وأجراه اللخمي مجرى الغالب، وإلا حسب النقص.

فَلَو حَاصَّ لِعَدَمِهَا ثُمَّ رُدَّتْ بِعَيْبٍ؛ فَلَهُ رَدُّ مُحَاصَّتِهِ وأَخْذُهَا، وقِيلَ: حُكْمٌ مَضَى

يعني: فلو حاص الغرماء لأجل عدم سلعته؛ لأنه لم يحاصص إلا ظاناً أنه لا يجد سلعته فقرر لذلك، وهذا قول ابن القاسم في العتبية وهو المذهب، والقول الثاني ليس منصوصاً وإنما هو اختيار اللخمي، وأخذه هو والمازري من قول ابن حبيب: فيمن اشترى سلعة، ثم باعها، ثم اطلع على عيب فرجع بقيمته، ثم ردت السلعة عليه؛ أنه لا يردها على الأول، لأن رجوعه حكم وقع فلا يرد، وقد يجري على الخلاف في الرد بالعيب هل هو نقض للبيع من أصله فتنتقض المحاصة ، أو ابتداء بيع فلا تنتقض. والله أعلم.

ومِنْهَا: انْتِقَالُ الْمُعَوَّضِ

يعني: ومن شروط الرجوع في عين السلعة ألا يحدث ما ينقلها عن الغرض المقصود منها. أو في بعضها؛ أي: ومنها عدم انتقال المعوض.

فَلَوْ طُحِنَتِ الْحِنْطَةُ، أَوْ خُلِطَتْ بِمُسَوِّسٍ، أَوْ عُمِلَ الزُّبْدُ سَمْناً، أَوْ فُصِّلَ الثَّوْبُ، أَوْ ذُبِحَ الْكَبْشُ؛ فَاتَ....

أي: فات الرجوع، وهذه مسائل وقعت في المذهب منصوصة كما ذكرها المصنف، وحكم فيها بالفوت؛ لأن الحنطة إذا طحنت والزبد إذا عمل سمناً يزول عنهما اسم الحنطة والزبد وسميا دقيقاً وسمناً ويزول عنهما الغرض المقصود، وكذلك أيضاً يزول المعنى المقصود إذا خلط الطيب بمسوس أو ذبح الكبش وليس دبغ الجلد فوت على المشهور، خلافاً لابن وهب في أحد قوليه، وعلى هذا المعنى الذي أشرنا من اعتبار الغرض المقصود نبه الإمام فيما رواه مطرف عنه لَمَّا سئل عمن اشترى ثياباً فقطعها، فقال: لا أدري، لكن إن اشترى جلوداً فقطعها نعالاً أو خفافاً فذلك فوت. فلم يقف في قطع الجلد نعالاً لما كان الغرض في الجلد خلاف الغرض في النعال، وأشكل الأمر بالنسبة إلى تفصيل الثياب.

وحكى المازري عن بعض الشيوخ: أن خلط النقي بالمغلوث، والجديد بالمسوس لا يمنع البائع من الرجوع ويقومان ويكون البائع أحق بما ليس له من القيمة، وأشار المازري إلى أنه إن بنينا على أن التفليس كنقض بيع من أصله أجزنا أخذ الشاة بعد ذبحها، والقمح بعد طحنه، والزبد بعد كونه سمنا، وإن قلنا: إنه هو ابتداء بيع، منعنا ذلك كله. وأجري على هذا الأصل ما إذا باع رطباً ثم يبس ، فقال مالك: لا يجوز أخذه. وقال أشهب بجوازه. وأما إذا باع عبداً فأبق عند المشتري ثم فلس، فذهب أصبغ إلى أن بائعه ليس له طلبه، وترك المحاصة بناء على أن الأخذ من المفلس كابتداء بيع، وذهب ابن القاسم وأشهب إلى جواز طلبه، واختلف إذا لم يجده؛ فقال ابن القاسم: ليس له الرجوع إلى المحاصة لأنه تركها، وقال أشهب: له الرجوع إليها. والمسوِّس بكسر الواو المشددة.

فَلَو لَمْ يَنْتَقِلْ لكَنِ انْضَمَّتْ إِلَيْهِ صَنْعَةٌ أَوْ عَيْنٌ أُخْرَى؛ كَنَسْجِ الْغَزْلِ ، وبِنَاءِ الْعَرْصَةِ شَارَكَ بِقَدْرِ قِيمَتِهَا مِنْ قِيمَةِ [٥٢٩/ب ا] الْبُنْيَانِ....

يعني: فإن لم ينتقل الغرض ولكن انضمت إلى المبيع صناعة أو عين أخرى، ونسج الغزل مثال لما انضمت إليه صنعة، وبناء العرصة مثال لما انضمت إليه عين أخرى.

واكتفى المصنف بكيفية المشاركة في بناء العرصة عن كيفيته في النسج.

وما ذكره من كيفية المشاركة نحوه في الموطأ ، فقال: إذا كانت قيمة المجموع ألفاً وخمسمائة وقيمة البنيان ألف درهم، لصاحب البقعة الثلث ولصاحب البنيان الثلثان. مالك: وكذلك الغزل. ونحوه لابن حبيب، وقاله أصحاب مالك كلهم.

ابن القاسم في المدونة: ولا يقوم البناء خاصة، وإنما يقوم المجموع يوم الحكم ، وعورضت هذه المسألة ممن استحق أرضه بعد أن بناها المستحق منه ، فإن مالكاً نص على أن للمستحق أن يعطي قيمة البناء وتكون الأرض والبناء له، فلِمَ لا يجعل البائع هنا كذلك. وأجاب المازري بضعف أمر المشتري في الاستحقاق؛ لأنه أخطأ في اعتقاده وبنى في أرض لا يملكها في باطن الأمر، بخلاف المشتري في التفليس فإنه بنى في أرض مملوكة ظاهراً وباطناً واستشكل ابن راشد عدم الفوات في الغزل ، قال: لأنه لا يسمى بعد النسج غزلاً وإنما يسمى ثوباً أو رداء، كما أن الثوب إذا فُصِّل سمي قميصاً أو سراويل.

وأجاب ابن عبد السلام بأن المصنف لم يجعل المقتضي للحكم فيما تقدم هو انتقال الاسم، وإنما جعله انتقال الغرض، وقد انتقل هناك ولم ينتقل هنا.

بعض الشيوخ: ويشبه أن يكون النسج فوتاً. ابن عبد السلام: ذكر ذلك بعضهم قولاً لابن القاسم، وعلى المشهور فالشركة في مسألة النسج بين البائع والمشتري بقيمة النسج وقيمة الغزل، واختلف المذهب فيمن اشترى أرضاً فبنى فيها ثم اطلع على عيب، هل يكون بناؤه فوتاً يمنع من الرد بالعيب ويوجب أخذ قيمة العيب، أو ليس بفوت؟ فأشار بعض

الشيوخ إلى ترجيح الخلاف في مسألة الفلس من مسألة العيب، وأشار غيره إلى الفرق بأن مسألة العيب وجد فيها تدليس من البائع وتفريط أوجب رجحان حق المشتري عليه، وذلك مفقود في مسألة الفلس.

فَأَمَّا لَوْ خُلِطَ بِمِثْلِهِ فَلَهُ مَكِيلَتُهُ

أي: في الجودة والرداءة ، كما لو خلط قمحاً أو زبيباً أو عسلاً بمماثله، وشمل قوله: (**خُلِطَ بِمِثْلِهِ**) العين، وهو المذهب خلافاً لأشهب كما تقدم. ابن القاسم: وإن خلطه بشيء اشتراه من آخر كان أحق به ويتحاصا فيه.

وَيَأْخُذُ الْوَلَدَ بِخِلافِ الثَّمَرَةِ وَالْغَلَّةِ

يعني: وإذا أراد البائع أخذ سلعته فإنه يأخذ ولد الأمة أو غيرها من الحيوان؛ لأنه كالجزء منها، بخلاف الثمرة والغلة فليس له أخذهما لأنهما من الخراج التابع للضمان.

وعطف المصنف الغلة على الثمرة من عطف العام على الخاص، ويحتمل أن يريد بالغلة ما ليس قائم العين، ومراد المصنف بالثمرة والغلة ما انفصل قبل ذلك ولم تكن الثمرة مأبورة يوم التبايع، أما إن كانت مأبورة فيستثنيه بقوله: (إلا صوفاً...) إلخ. وأما إذا لم ينفصل؛ فالمشهور أن البائع يأخذها مع الأصول ولو يبست ما لم تجذ ، بخلاف الشفعة فإنه يأخذها الشفيع ما لم تيبس؛ لأنها ما دامت معلقة بالأصول كأغصان الشجر، والشاذ وقع لابن القاسم وغيره؛ لأنه لا يأخذها إذا أبرت، واتفق في الصوف أنه يأخذه قبل الانفصال، والفرق على الشاذ بينه وبين الثمرة: أن الصوف يكون للمشتري بمجرد العقد ، والثمرة المأبورة لا تكون له بمطلق العقد.

وفي البيان: إن اشترى الأصول ولا تمر فيها، أو فيها تمر لم يؤبر ثم فلس فأربعة أقوال:

أحدها: أن البائع أحق بالثمرة ما لم تؤبر، وذلك يتخرج على قول أصبغ بالرد بفساد البيع؛ لأنه إذا قال فيه: إن الثمرة تبقى للبائع وإن لم تطب إذا كانت قد أبرت فأحرى أن تبقى للغرماء.

والثاني: أن البائع أحق بها ما لم تطب، وهو قول ابن القاسم في العتبية.

والثالث: أنه أحق بها ما لم تيبس.

والرابع: أنه أحق بها ما لم تُجذ، وهو نص ما في المدونة.

إِلا صُوفاً عَلَى ظَهْرِهَا، أَوْ لَبَناً فِي ضُرُوعِهَا، أَوْ ثَمَرَةً كَانَ اشْتَرَطَهَا الْمُبْتَاعُ مَأْبُورَةً

لما ذكر أن البائع لا يرجع في الغلة استثنى من ذلك الثمرة المأبورة إذا اشترطها المشتري والصوف التام، وهذا هو المشهور، خلافاً لأشهب في قوله: إنه لا يرجع فيهما لأنهما من الغلات، ووجه المشهور أنه إذا كان الصوف تاماً والثمرة مأبورة يصيران مقصودين فلهما حصة من الثمن فيكون بمنزلة من باع سلعتين، وعليه فلو باع المشتري الصوف وأراد البائع أن يأخذ الغنم نظر كم قدر الصوف من الرقاب لا إلى ما باعه به، ويأخذ الغنم ويحاص الغرماء بما يخص الصوف، وقاله ابن القاسم في العتبية والموازية والواضحة، وما ذكرناه من اعتبار الإبار هو المشهور. وقيل: بالإزهاء. وقال يحيى: إن جذه تمراً رد مليكته وإن جذه رطباً رد قيمته وله أجر سقيه وعلاجه. قال ابن حبيب: ليس له ذلك؛ لأنه إنما أنفق على ماله وضمانه منه. وتعقب ابن يونس كلام يحيى وقال: إنما يصح بالرد بالعيب، وأما التفليس فإذا فاتت الثمرة مضت بما ينوبها من الثمن وحاصص البائع بذلك الغرماء كما نص عليه ابن القاسم في الصوف.

وجعل المصنف اللبن إذا كان في الضرع كالصوف التام تبعاً لابن شاس وفيه نظر؛ لأنه نص في كتاب العيوب من المدونة على عدم [٥٣٠/أ] رده في العيب، وإن كان في الضروع يوم التبايع لخفته، وهو ظاهر ما في التفليس منها؛ لأن فيها: وأما ما كان منها من

غلة أو صوف جزه، أو لبن حلبه؛ فذلك للمبتاع، وكذلك النخل يجني ثمرها فهو كالغلة، إلا أن يكون على الغنم صوف قد تم يوم الشراء، أو في النخل تمر قد أبر، واشترط ذلك التمر فليس كالغلة، فحكم أولاً بأن الصوف والغلة للمبتاع ثم لم يستثن إلا الصوف التام والثمرة المأبورة، ولا يقال: إنما نص على عدم الوجوب في الرد بالعيب لا في التفليس؛ لأنه لا فرق بين البابين، ولأن تعليله بالخفة يدخل البابين ، ولخفة اللبن أجاز مالك في غير المدونة لبناً معجلا بشاة لبون إلى أجل.

عبد الحق: ولا يلزم عليه جواز جزة صوف معجلة بشاة عليها جزة صوف إلى أجل؛ لأن الصوف كسلعة فيكون كصوف بصوف إلى أجل وزيادة.

وقول المصنف: **(أَوْ ثَمَرَةً كَانَ اشْتَرَطَهَا)** لأن المأبورة لا تدخل إلا بالشرط كما تقرر في البيوع.

واحترز بالمأبورة من غيرها، فإنها لا حصة لها، وللبائع أخذها إذا كانت باقية مع أصولها، وأما إن جُذَّت أو جز الصوف ، فقال المازري: المشهور أن الصوف إذا جزَّ وكان قائماً بعينه يرد مع الغنم، وأما الثمرة فلا ترد مع الأصول إذا جذَّت ولو كانت قائمة، ولكن يحاصص بما ينوبها من الثمن، قال: والفرق بينهما وأقصى ما يتصور أن الثمرة لو أخذها بعد الجذِّ لكان كمن اشترى رطباً وأخذ عنه تمراً يابساً، لاسيما إذا قلنا: إن ردها في الفلس كابتداء بيع.

فَإِنْ يَبُسَت الثَّمَرَةُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي؛ فَفِي رُجُوعِهِ قَوْلانِ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ نَقْضٌ أَوْ بَيْعٌ ثَانٍ....

يحتمل بأن يبيع الثمرة وحدها بعدما أزهى وحل بيعه، فإن فلس المشتري قبل يبسه كان للبائع أخذه ، وإن فلس بعد ما يبس فقولان؛ **الأول** في العتبية وبه أخذ أشهب: أنه

أحق به؛ لأنه مجيز سلعته. **والثاني** لمالك، وبه أخذ أصبغ: أنه يحاصص ولا يكون أحق بها؛ لئلا يؤدي إلى بيع الرطب بالتمر.

وقوله: (**بِنَاءً...**) إلخ. فإن قلنا: إنه نقض للبيع من أصله كان أحق، وإن قلنا هو ابتداء بيع لم يجز؛ لما ذكرنا من بيع الرطب بالتمر.

ومشى ابن راشد وابن عبد السلام كلام المصنف على هذا الوجه، وهو الذي يؤخذ من الجواهر، ويتخرج على هذا الخلاف إذا باعه زبداً فصار سمناً، أو قمحاً فطحنه، وذكر ذلك المازري. وقد تقدم ذلك من كلام المصنف أنه يفوت بذلك.

ويحتمل أن (أل) في (**الثَّمَرَةُ**) للعهد؛ أي: فإن يبست الثمرة التي اشترطها المبتاع مأبورة، وقد ذكر الباجي القولين، فقال: إن فلس المبتاع قبل أن تجذ فهو أحق بالأصل والثمرة ما لم تجذ قاله مالك، وقال أيضاً: ما لم تيبس. ابن القاسم: والأول هو القياس، والثاني استحسان وهو أحب إليَّ. وكذلك ذكر في البيان هذين القولين وزاد ثالثاً أنه أحق بها مطلقاً؛ أي: وإن جدت قبل.

ويحتمل أن تكون (أل) في (الثَّمَرَةُ) للجنس فتشمل الصورتين؛ أي: المشتراة مفردة أو مع أصولها.

وفي بعض النسخ عوض (**فَإِنْ يَبُسَت الثَّمَرَةُ**) (فإن لم تيبس). ابن عبد السلام: وفيها قلق، إلا أن يقال: إنه أراد مسألة ما لو اشترى النخل ولا تمر فيها أو فيها تمر لم تؤبر ففلس المشتري وقد طاب الثمر، فقال ابن القاسم: هو للغرماء. وقال مالك: ذلك للبائع ما دام في رءوس النخل، لكن تنزيل هذه الصورة على كلام المصنف بعيد، ولاسيما الأصل الذي بنى عليه القولين. انتهى.

ولأن مقتضاه أن الثمرة إذا يبست لا يكون أحق بها بالاتفاق، ولأن القول بأنه لا يكون أحق بها قبل اليبس لم أره.

ويَأْخُذُ بَعْضَ الْمَبِيعِ ويُحَاصُّ بِمَا يَخُصُّ الْفَائِتَ مِنَ الثَّمَنِ

يعني: إذا باع سلعتين أو أكثر ثم فلس المشتري بعد ذهاب بعض السلع، فإن البائع يحاص بما يخص الفائت، وله أن يرجع فيما وجد.

محمد وأصبغ: إلا أن يدفع له الغرماء ثمن الباقي من السلعتين من مال المفلس أو أموالهم، واختلف هل يكون أولى بثمنها حتى يستوفي من ثمنها ما فدوها به أو يدخل معهم فيها بثمن الفائت لأنهم كأنهم أسلفوا للمفلس ثمنها سلفاً.

التونسي: وهذا القول الأخير كقول ابن القاسم.

ابن يونس: وهو ظاهر قول مالك. التونسي: والأول اختيار محمد، وذلك لأنهم حلوا محل أصحابهم في الاختصاص بها، فلا يكون له أن يحاصصهم إلا بما فضل عما فدوها به. وفي بقية مال المفلس، ابن عبد السلام: وما ذكره المصنف بيِّن إن قلنا: إن رد السلعة في الفلس كابتداء بيع، وأما على القول بأنه نقض للبيع؛ فينبغي أن يفصل في السلعة الفائتة بين أن تكون وجه الصفقة أو لا، ويسلك في ذلك مسلك استحقاق بعض المبيع.

ورَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ: ولَوْ ولَدَتِ الأَمَةُ ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا، أَوْ بِيعَ الْوَلَدُ لَمْ تَكُنْ لَهُ حِصَّةٌ. وقِيلَ: كَسِلْعَتَيْنِ، ولَوْ بِيعَتِ الأُمُّ فَكَسِلْعَتَيْنِ. قَالَ سَحْنُونٌ: مَا أَدْرِي مَا هَذَا ....

حاصله: إن مات الولد أو الأمة فليس للبائع إلا أخذ الباقي بجميع حقه أو تركه والمحاصة، وأما إن باع أحدهما ، فإن باع الولد؛ فالمشهور: أن ذلك كموته. وإن باع الأم فكسلعتين ، فله أن يأخذ الولد وحاصص بما ينوب الأم، وأنكر سحنون هذا بقوله: (**مَا أَدْرِي**).

اللخمي: يريد أن القياس أن يكون في البيع سواء.

وقوله: (**وَقِيلَ: كَسِلْعَتَيْنِ**) راجع إلى بيع الولد لا إلى موت أحدهما؛ إذ لا خلاف في الموت، قاله في البيان. ومعنى (كَسِلْعَتَيْنِ) أي: كبيع سلعتين ، ثم وجد إحداهما فيكون له أخذ الأم والاتباع بما يخص الولد من الثمن يوم البيع، وهذا منقول عن مالك وابن القاسم. قال المازري: وهو أصل المذهب. انتهى.

يريد: لأن الولد إذا لم يكن غلة يجب رد عينه، وإن كانت قائماً فيجب أن يحاسب بثمنه، ولهذا أخذ بعض محققي الأشياخ من الأول أن الولد غلة، وزاد في البيان قولاً ثالثاً: أنه لا يأخذ الأم ويحاص الغرماء بما وصل إليه من [٥٣٠/ ب] ثمن الولد، وليس بجار على أصل.

وقوله فيها: (**وَلَوْ بِيعَتِ الأُمُّ فَكَسِلْعَتَيْنِ**) هو المشهور، فيكون للبائع أن يأخذ الولد بما ينوبه من الثمن ويحاص بما ينوب الأم، ووقع لابن القاسم ومالك في سماع عيسى في بعض روايات العتبية: أنه يأخذ الولد ويحاص بقيمة الأم ، أو يترك الولد ويحاص بجميع الثمن. قال ابن رشد: ولم يجروا في هذه المسألة على قياس.

وَلَوْ رُهِنَ الْعَبْدُ فَلَهُ أَنْ يَفْدِيَهُ ويَأْخُذَهُ، ويُحَاصَّ بِفِدَائِهِ ولا يُحَاصَّ بِفِدَاءِ الْجَانِي؛ إِذْ لَيْسَتْ فِي ذِمَّةِ الْمُفْلِسِ....

يعني: لو رهن المشتري العبد ثم فلس فللبائع أن يفديه ويأخذه ويضرب بالفداء مع الغرماء، بخلاف ما لو جنى العبد ثم فلس المشتري فإن البائع أيضاً له أن يفديه، لكن لا يحاص بفدائه، والفرق بينهما ما أشار إليه المصنف أن الفداء لم يكن متعلقاً بذمة المفلس؛ لأنه كان له أن يسلم العبد في الجناية، بخلاف الدين في مسألة الرهن فإنه كان في ذمته.

ابن عبد السلام: مراد المصنف بقوله: (**ولا يُحَاصَّ بِفِدَاءِ الْجَانِي**) أنه لا يرجع بالجناية وإن كان نفي المحاصة أخص من نفي رجوع البائع، ولا يلزم من نفي الأخص نفي الأعم، لكن مراده ما ذكرناه.

ومِنْهَا: أَنْ يَكُونَ بِمُعَاوَضَةٍ مَحْضَةٍ

هذا هو الشرط الثالث، واحترز به مما ذكر بقوله:

فَلا يَثْبُتُ فِي النِّكَاحِ والْخُلْعِ والصُّلْحِ لِتَعَذُّرِ اسْتِيفَاءِ الْعِوَضِ بِخِلافِ الإِجَارَةِ

يعني: ولاشتراطنا المعاوضة المحضة لم يثبت الرجوع في النكاح وما عطف عليه. ووقع في بعض النسخ (ولا يثبت) بالواو ، والأولى أحسن؛ لأن الفاء تشعر بالسببية.

قوله:(**فِي النِّكَاحِ**) يريد: لأن النكاح لا يفسخ لتعذر استيفاء العوض؛ وهو الصداق إذا أعسر الزوج، كما لا يفسخ البيع إذا تعذر استيفاء الثمن.

فإن قلت: أطلق المصنف في النكاح – وفيه نظر- لأن النكاح يفسخ إذا أعسر الزوج بالصداق قبل البناء؛ قيل: هذا لا يرد، لأن المشتري هنا للبضع -وهو الزوج- لم يُقْبِضْهُ، والكلام إنما هو في الرجوع بعد قبض المشتري.

قوله: (**والْخُلْعِ**) أي: إذا خالعته على عشرة مثلاً ثم فلست، فإنه لا رجوع له في العصمة وإنما يحاصص.

خليل: الظاهر أن المقتضي لعدم الرجوع ليس هو ما ذكره المصنف من أنه ليس بمعاوضة محضة، بل لتعذر الرجوع؛ وذلك لأن العصمة في الخلع لا يمكن ردها، وكذلك البضع في النكاح، وكذلك إذا صالح عن دم العمد بشيء ثم فلس الجاني لم يمكن العود في القصاص.

وعلى هذا ، فلو قال: ومنها إمكان استيفاء العوض، فلا رجوع في النكاح والخلع والصلح؛ لكان أحسن. وينبغي أن يلحق الصلح على الإنكار ثم يفلس المنكر ، فإن المدعي يحاصص بما صالح به ولا يرجع في الدعوى، كما قالوا: إذا صالح المنكر على عرض ثم استحق العرض؛ فإنه يرجع بقيمته. وقيل: يرجع إلى الخصومة. وأما الصلح على الإقرار كما لو صالح على دار أو عرض أقر به لغريمه ثم أفلس؛ فإنه يرجع المصالح

في الدار والعرض كالبيع، والظاهر أن الصلح على الإقرار خارج من كلام المصنف؛ لأن الصلح على الإقرار معاوضة محضة، وفاعل (**يَثْبُتُ**) عائد على الرجوع. وفي بعض النسخ (فلا يثبت الفسخ) ومعناهما متحد.

وقوله: (**بِخِلافِ الإِجَارَةِ**) فإنه يرجع في منفعته التي أجرها لعدم استيفاء العوض.

فرع: واختلف هل تحاص الزوجة الغرماء بصداقها ؟ فالمشهور أنها تحاص به في الموت والفلس. وقيل: لا تحاص فيهما. وفي الجلاب: تحاص به في الفلس دون الموت، وكذلك اختلف في نفقتها، فقال ابن القاسم في النكاح الثاني: تضرب بها مطلقاً. قال سحنون: أما إذا كان الدين مستحدثاً فتحاص، ولا تحاص إذا كان الدين قبل الإنفاق.

وفي الموازية: تضرب في الفلس فقط. وقيل: لا تضرب فيهما. قال ابن القاسم: ولا يضرب بنفقة الولد أو الأبوين في فلس ولا موت. وقال أشهب: يضرب للولد مع الغرماء. وقال أصبغ في نفقة الأبوين: إلا أن تكون أخذت بحكم وتسلف وهو مليء فيضرب بها في الفلس والموت.

اللخمي: ويختلف على هذا هل يحاص بالجنايات؛ ففي المدونة: يحاص بها، وعلى القول الآخر لا يحاص بها.

وَيَرْجِعُ الْمُكْرِي إِلَى عَيْنِ دَابَّتِهِ ودَارِهِ وأَرْضِهِ، وهُوَ أَحَقُّ بِزَرْعِهَا فِي الْمَوْتِ والْفَلَسِ - وقِيلَ: دُونَ الْمَوْتِ - مَعَ الأَجِيرِ السَّاقِي. وقِيلَ: ثُمَّ الأَجِيرُ السَّاقِي

قوله: (**وَيَرْجِعُ الْمُكْرِي إِلَى عَيْنِ دَابَّتِهِ ودَارِهِ وأَرْضِهِ...**) إلخ. ظاهر التصور، وهو كالبيان لقوله: (بخلاف الإجارة) وهو؛ أي: مكري الأرض أحق بما زرع في أرضه في موت المكتري وفلسه. وقيل: إنما يكون أحق في الفلس فقط، وهذا الثاني هو مذهب المدونة، نص عليه في آخر كتاب كراء الدور. قال المازري: وهو مذهب مالك وأصحابه، فكان ينبغي للمصنف تقديمه، والأول لابن القاسم في الموازية.

أصبغ: ووجهه أن الزرع إنما نشأ عن الأرض فكانت كالحيازة له وحوزها كحوز صاحبها، فكان بمنزلة من باع سلعة وفلس مشتريها أو مات وهي في يد بائعها، ورأى في المشهور أن الزرع لما نشأ عن الأرض فغايته أن يكون كأنه باع الطعام فيكون أحق به في الفلس فقط.

وقوله: (**مَعَ الأَجِيرِ السَّاقِي...**) إلخ. يحتمل أن يتعلق بـ(**أَحَقُّ**) فيكون القولان في الأجير مفرعين على كل من القولين السابقين، ويحتمل أن يتعلق بـ(بأحق) المتقدم في كلامه ثانياً؛ أي: وقيل هو أحق في الفلس دون الموت مع الأجير الساقي، فيكون القولان مفرعين على القول الثاني.

ويعضد هذا لاحتمال الثاني ما نقله ابن يونس: أن ابن القاسم وأشهب رويا أن مكري الدابة أحق من سائر الغرماء في الفلس دون الموت، ثم اختلفا في مكري الأرض والأجير؛ ففي الموازية من رواية أشهب والواضحة من رواية مطرف: أنهما يتحاصان. وروى ابن القاسم: أن صاحب الأرض مقدم على الأجير، ثم الأجير مقدم على الغرماء، ويعضد الأول قول أصبغ: اختلف أصحابنا. وأحب ما فيه إليَّ أن أجير الزرع ومكري الأرض يتحاصان، وأنهما يبدآن على الغرماء في الموت والفلس، وقاله ابن الماجشون.

خليل: وهذا الاحتمال أقرب؛ لأنه تفريع على القول الذي قدمه. نعم يعترض عليه لتقديمه غير مذهب المدونة.

ومنشأ الخلاف بين القولين في تقديم مكري الأرض على الأجير، [٥٣١/أ] هل الزرع متكون عن الأرض فيكون صاحبها أحق به، أو إنما نشأ عن الأرض وفعل الأجير فيكونان متساويين، والله أعلم.

وزاد في البيان قولاً بأن الأجير مقدم على صاحب الأرض، وقولاً آخر بأنه لا تقدمة لصاحب الأرض ولا للأجير على الغرماء، بل هما أسوة الغرماء، وعزاه اللخمي للمخزومي.

ولو عمل في الزرع أجراء واحداً بعد واحد، فالأخير أحق من الأول. وقيل: يقدم أكثرهما عملاً. وقيل: يتحاصان.

وَيُقَدَّمَانِ عَلَى مُرْتَهِنِ الزَّرْعِ

أي: ويقدم مكري الأرض والأجير الساقي على مرتهن الزرع ولو حازه ملك، ثم يقدم المرتهن على سائر الغرماء، وإنما قدما عليه لأن الزرع إنما يكون عن مال هذا وعمل هذا، فكان أخص في الحوز، وصاحب الحوز الأخص مقدم على صاحب الحوز الأعم، كما لو سقطت سمكة في حجر إنسان فإنه أولى بها من صاحب المركب، وعلى المشهور أنهما يكونان أحق من الغرماء في الفلس دون الموت، ويكون المرتهن أحق منهما في الموت؛ لأنهما على هذا القول كسائر الغرماء.

بِخِلافِ الأَجِيرِ عَلَى رِعَايَةِ الإِبِلِ أَوْ عَلْفِهَا وشِبْهِهِ

أي: فلا يكون أحق في الفلس والموت، هكذا نص عليه في المدونة وغيرها. ابن عبد السلام: ولا أعلم فيه خلافاً.

قوله: (**وشِبْهِهِ**) أي: كالحارس وأجير يخدمك في بيتك أو يبيع لك في حانوتك، ولم يكن هؤلاء أحق؛ لأن منافعهم ليس لها أعيان قائمة بخلاف الزرع. قال في المدونة: ولو استأجره يدرس له ببقر الأجير ففلس صاحب الأندر؛ فصاحب البقر أحق بالأندر. قال ابن المواز: لأن الأندر لا ينقلب به صاحبه ولا يحتوي عليه، بخلاف صانع استصنعته في حانوتك، فإذا كان الليل انصرف، فهذا لا يكون أحق به في موت ولا فلس.

والصَّبَّاغُ والْبَنَّاءُ والنَّسَّاجُ شَرِيكٌ بِقِيمَةِ ذَلِكَ، فَلَوْ أَقْبَضَهُ فِيمَا زَادَ، ويُحَاصُّ بِمَا بَقِيَ، وقِيلَ: بِقِيمَتِهِ، وجَمِيعُ الصُّنَّاعِ أَحَقُّ بِمَا أُسْلِمَ إِلَيْهِمْ لِلصَّنْعَةِ ....

تبع المصنف هنا ابن شاس معنىً وترتيباً، وحمل ابن عبد السلام قوله:(**والصَّبَّاغُ والْبَنَّاءُ والنَّسَّاجُ**) على الأجير؛ يعني: أن المستأجَر على صبغ ثوب، أو بناء بقعة، أو نسج غزل إذا فلس آجره قبل قبض الأجير الأجرة ولم يكن أسلم السلعة لربها؛ فإنه يكون مشاركاً لربه بقدر قيمة الصنعة، ثم استشكله بأن ظاهر كلامه أن الأجير لا تكون له أجرة الصنعة، ولا يحاصص بها الغرماء وهو بعيد من الأصول؛ لأن الصانع لم تخرج الصنعة من يده ولم يرضَ بفسخ الإجارة فكيف يبطل حقه فيها، وجعل ابن عبد السلام قوله: (**فَلَوْ أَقْبَضَهُ**) قسيماً لهذا؛ أي: وإن أسلم الصانع المصنوع إلى ربه فقولان، وتصورهما من كلام المصنف ظاهر، وقال بعض من تكلم على هذا الموضع.

وقوله: (**والصَّبَّاغُ...**) إلخ. محمول على ما إذا لم يسلم إليه الشيء للصنعة، كما لو اشترى ثوباً فصبغه أو نسجه، أو عرصة فبناها ثم فلس. فقال ابن القاسم في الموازية، ما ذكره المصنف: يكون شريكا بقيمة الصنعة. وكذلك لو استحق من يده بعد وضع صنعته فيه فأخذه المستحق فإنه يدفع إليه قيمة الصنعة. قال: وإن أسلم إليه للصنعة؛ فإما أن يقبضوه لربه ثم يفلس قبل دفع الأجرة، أو يبقى بأيديهم حتى يفلس، فإن أقبضوه ، فقال ابن القاسم في الموازية: يكون شريكاً في الثوب بما زاد الصبغ فيه ويحاص بما بقي. وقال في العتبية: يكون شريكاً بقيمة الصبغ، وهذه الصورة الثانية التي ذكرها بقوله: (**فَلَوْ أَقْبَضَهُ فِيمَا زَادَ**) أي: يكون شريكاً بما زاد ويحاص بما بقي.

وقوله: (**وقِيلَ: بِقِيمَتِهِ**) أي شريكاً بقيمة الصبغ ونحوه، واستشكل ما في الموازية بأن شركة الصانع لربها بما زاد والمحاصة بما بقي لا تصح على أصل المذهب؛ لأن من

اختار أخذ سلعته ناقصة لا يكون له غيرها، وأما إن لم يقبضوه لربه فهم أحق به حتى يستوفوا جميع الأجرة.

خليل: المازري: في الفلس والموت.

ابن رشد: واتفق على ذلك ، قال هذا القائل: وهذا الذي أشار إليه بقوله: (**وَجَمِيعُ الصُّنَّاعِ أَحَقُّ بِمَا أُسْلِمَ إِلَيْهِمْ لِلصَّنْعَةِ**) وعلى هذا فلا يكون قوله: (فَلَوْ أَقْبَضَهُ) قسيماً لقوله: (والصَّبَّاغُ والْبَنَّاءُ والنَّسَّاجُ) بل قسيماً لما بعده، ورد ابن عبد السلام هذا الوجه بأن المصنف قدمه بقوله:(فلو لم ينتقل ولكن انضمت إليه صناعة أو عين أخرى كنسج الثوب أو بناء العرصة شارك....) إلخ. فلو حمل قوله: (الصَّبَّاغُ) على المشتري للزم التكرار، وأجاب عنه هذا القائل بأنا لم نخص قوله: (والصَّبَّاغُ) بالمشتري؛ بل على من وضع صنعته من غير أن يسلم إليه المصنوع للصنعة، وهو أعم من المشتري والمستحق من يده وغيرها.

وتمشية ابن عبد السلام أقرب من جهة اللفظ؛ لأن صيغة فعال للحرفة غالباً، لكن لا تصح من جهة النقل؛ لأنه يلزم أن يكون الصانع إذا لم يسلم المصنوع إنما يكون له ما زادت الصنعة، وهو خلاف الاتفاق الذي في البيان.

واعلم أن القولين في مسألة الإقباض مطلقان ، سواء أضاف الصانع إلى صنعته شيئاً كالصبغ، أم لا كالخياطة، نقل ذلك اللخمي. وفي البيان: المشهور أن الصانع إذا أسلم الصنعة ولم يكن للصانع فيها غير عمل يده أنه أسوة الغرماء. وروى أبو زيد عن ابن القاسم: أنه أحق بعمله، فإن شاء أخذه بأجرة وكان شريكاً للغرماء في المتاع المعمول بقيمة عمله فيه، وإن شاء ترك وكان أسوة الغرماء. وأما إن كان للصانع غير عمل يده كالصباغ يصبغ الثوب ، والفراء يفري الفرو برقاع من عنده؛ فيتفق على أنه أحق بما خرج

من يده لأنه قائم بعينه، وأما عمل يده المستهلكة فلا يكون أحق به على المشهور، ونحوه للمازري، قال: وعلى المشهور إذا كانت عينه قائمة كالرقع وصقل للسيف -وهو ظاهر الروايات- أنه شريك بقيمة ماله؛ لأنه هو المبيع وكأنه سلعة أضيفت إلى سلعة على وجه يتعذر فيها الانفصال، فيكونان شريكين في ذلك، وقال ابن حبيب: بل يكون شريكاً بما زاد الصانع، وعلى أنه شريك بقيمة ماله فالمعتبر في ذلك التقويم يوم الحكم.

فإن قيل: هذا يقتضي أن نسج الثوب لا يكون الصانع به شريكاً؛ لأنه لم يخرج من يده شيئاً، والمصنف قد جعل النساج كالصباغ؛ **قيل**: النساج وشبهه مستثنى عند ابن القاسم من مسألة الصانع الذي لم يخرج شيئاً ويلحق [٥٣١/ ب] بما إذا أضاف للصنعة شيئاً، وكأنه لاحظ في النسج قوة التأثير، ولأصبغ قول رابع، إلا أنه لا يعلم صور المسألة، فقال: إن كان فيه رقاع وخياطة فتوق؛ فالأقل تابع للأكثر إذا كانت الرقاع أيسر ذلك وأكثره الخياطة فهو أسوة الغرماء في الموت والفلس، وإذا كانت الرقاع أكثر ذلك، وهي من عنده كان أحق بها على ما تقدم، فإن تناصف ذلك قوم كل على حدثه، ثم يكون أسوة الغرماء في المرسوم، ويكون بما ينوب الرقاع شريكاً، وهذا كله على المشهور أن الصبغ ليس بفوت، ونقل المازري عن ابن وهب في أحد قوليه: أن الرجوع يفوت بالصبغ والدباغ. وضابطه: أن يحدث المشتري حدثاً يتميز بالنظر ولا يتميز بالفعل.

تنبيه: قد تقرر على التمشية الثانية أن قوله: **(وَجَمِيعُ الصُّنَّاعِ أَحَقُّ)** قسيم لقوله: **(فَلَوْ أَقْبَضَهُ)** وأما ابن عبد السلام، فقال: يعني أنهم أحق في الموت والفلس، نص على ذلك في المدونة. قال: ولا يظهر لإتيان المصنف بهذه المسألة هنا كبير فائدة فإن ما قدمه مغنٍ عنها، ولاسيما وهو لم يتمها كما في المدونة. قال ابن القاسم: من دفع إلى صانع سواراً يعمله له، ثم دفع إليه بعد ذلك سواراً آخر ليعملها، أو دفعهما معاً فعمل أحدهما ودفعه إلى ربه ولم يأخذ إجارته حتى أفلس

ربهما؛ فلا يكون الصانع أحق بالباقي عنده حتى يأخذ إجارته في الذي دفع، وهو في الذي دفع أسوة الغرماء، وهو أولى بالباقي حتى يأخذ أجرته فيه.

ابن رشد: وهذا صحيح إن كان استعماله في صفقتين، وأما إن كان في صفقة؛ فمن حق الصانع أن يمسك السوار الذي بيده بجميع إجارة السوارين كالرهن، قال: وهذا مما لا إشكال فيه ولا اختلاف. قال: وقوله: (أو دفعهما معاً) غير صحيح ، وقع على غير تحصيل، واحتج على ذلك بأشياء وقعت في مسألة أخرى متصلة بهذه المسألة تركنا ذكرها اختصاراً.

أما إن فلس ربها قبل العمل؛ فإن الصانع يخير بين أن يعمل ويحاصص ، وبين أن يفسخ الإجارة عن نفسه.

ومُكْرِي الدَّابَّةِ أَحَقُّ بِمَا حَمَلَتْ ، وإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا

يعني: إذا اكترى دابة ليحمل عليها شيئاً ثم فلس المكتري، فرب الدابة أحق بما حملت دابته حتى يقبض كراءه في الموت والفلس، زاد في المدونة: وسواء أسلم دوابه إلى المكتري أو كان معها، كان رب المتاع معه أو لا، وهو كالرهن ، ولأن على دوابه وصل إلى البلد. ابن يونس: كأنها قابضة للمتاع كقابض الرهن. قال في البيان: ولا خلاف أن الجمَّال أحق إذا كان المتاع في يده؛ لأنه كالرهن بيده، وإن أسلم الجمَّال إبله إلى المكتري ففلس قبل الوصول أو عنده قبل أن يحوز متاعه ويرد الإبل، فالمشهور وهو الذي في المدونة: أن الجمَّال أولى بالمتاع في الفلس والموت.

ويتخرج في ذلك قولان؛ **أحدهما:** أنه لا يكون أحق به في الفلس والموت. **والثاني:** أنه أحق به في الفلس فقط. قال ابن القاسم في العتبية: والسفن كالدواب، وأخذ ذلك جماعة من تعليله في المدونة مسألة الدواب، فإن العلة فيهما واحدة. قال في المدونة:

وأرباب الدور والحوانيت أسوة الغرماء في الفلس والموت، وليسوا أحق بما فيها. فجعل الدواب بخلاف الدور؛ لأن ظهور الدواب حائزة لما عليها، ولأن في حملها من بلد إلى بلد تنمية المال بخلاف الدور، وجعل عبد الملك الدار والحانوت كالدواب فيكون ربها أحق بما فيها.

تنبيه:

أخذ أحمد بن خالد من قوله: (ولأن على دوابه وصل) أن المكري أحق بالمتاع وإن قبضه ربه. وقال ابن رشد: هو بعيد في المعنى، وإنما يكون أحق به إذا كان على ظهر دابته أو سفينته وهو بين في العتبية، وكذلك نقل ابن يونس عن الواضحة: أنه إنما يكون أحق ما دام المتاع بيده، فإن أسلمه لم يكن أحق به كالصانع إذا أسلم المتاع.

خليل: ولعل أحمد بن خالد فهم من قوله في المدونة: (كالرهن، ولأن على دوابه وصل) على أنهما علتان على البدل، وفهم غيره أنهما علة واحدة، والله أعلم.

وَالْمُكْتَرِي أَحَقُّ بِالدَّابَّةِ الْمُعَيَّنَةِ وبِغَيْرِ الْمُعَيَّنَةِ إِنْ قَبَضَهَا

يعني: أن من اكترى دابة، فإن كانت معينة ثم فلس مكريه أو مات فالمكتري أحق بها، سواء قبضها أو لا. قال في المدونة: كعبد اشتراه ولم يقبضه حتى فلس بائعه؛ فالمشتري أحق به، وإن كانت غير معينة فإن لم يقبضها المكتري فهو أسوة الغرماء في الفلس والموت، وإن قبضها فهو أحق بها؛ سواء كان المكتري يدير تحته الدواب أم لا. وهذا مذهب المدونة، ولعله هو المشهور واختيار ابن حبيب. وقال أصبغ: إنما يكون أحق بها بالقبض إذا كان لا يدير الدواب تحته، وإن كان يديرها فليس هو أحق، وقيل: إن المكتري لا يكون أحق في الكراء المضمون مطلقاً، وعارض التونسي قول مالك في هذه المسألة: (أن المكتري أحق وإن كان الجمال يدير الدواب تحته) بقوله: إن الراعي ونحوه ليس هو أحق بالغنم، ورآه اختلاف قول، وفرق ابن يونس بأن الراعي ونحوه لم يتعلق له بعين

الدواب حق، فوجب لذلك أن يكون حقه في ذمة المكتري بخلاف الدواب، فإن بقبضهم الدواب تعلق حقهم بها؛ لأن ركوبهم عليها كالمعينة، فكان كتعلق حق الصانع بعين المتاع، وإذا جعلناه أحق في الكراء المضمون، فقال ابن القاسم في المدونة: لبقية الغرماء أن يضمنوا له حملانه ويكروا له من أملياء ويأخذوا الإبل، وقال غير ابن القاسم في بعض روايات المدونة: لا يجوز أن يضمنوا حملانه.

وَفِي كَوْنِ الْمُشْتَرِي أَحَقُّ بِالسِّلْعَةِ تُفْسَخُ لِفَسَادِ الْبَيْعِ ، ثَالِثُهَا: فِي النَّقْدِ دُونَ الدَّيْنِ....

أي: إذا اشترى سلعة شراء فاسداً وقد كان نقد ثمنها أو كان أخذها عن دين له في ذمة البائع، ثم أفلس البائع والسلعة لم تفت وهي بيد المشتري فإن البيع يفسخ، واختلف هل يكون المشتري أحق بها فيما نقد من الثمن وفيما له من الدين على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه أحق بها، وهو قول سحنون.

الثاني: لا يكون أحق بها، وهو قول ابن المواز.

الثالث: إن كان ابتاعها بدين فهو أسوة [٥٣٢] الغرماء بخلاف النقد، وهو قول ابن الماجشون. قال في المقدمات: ولا اختلاف بينهم أنه إن وجد الثمن الذي دفعه بعينه أنه أحق به في الموت والفلس جميعاً، وحكى اللخمي الاتفاق على أنه لا يكون أحق بها في الدين، وعلى هذا ففي المسألة طريقان.

وَالرَّادُّ لِلسِّلْعَةِ بِعَيْبٍ لا يَكُونُ أَحَقَّ بِهَا فِي الثَّمَنِ

يعني: أن من اشترى سلعة ثم اطلع فيها على عيب فأراد ردها فوجد البائع قد فلس فإن له ردها ولا يكون أحق بها، ولم يجر في هذه من الخلاف ما في التي قبلها؛ لأن المشتري هنا مختار للرد بخلاف الأول؛ لأنه مجبر عليه. قال في المقدمات: وهذا على أن الرد بالعيب نقض، وأما على أنه ابتداء بيع فيكون أحق بها.

فرع: واختلف إذا أقرضه ثم أفلس المقترض؛ ففي المذهب طريقان:

الأولى للمازري: المشهور أن المقرض لا يكون أحق؛ لأن الحديث إنما ورد في البيع، وسواء قبض السلف أو لم يقبضه، قال: وقد يسبق إلى النفس اعترض قوله: (أو لم يقبضه) لأن من في يده سلعة فهو أحق بها في الفلس والموت، وأجاب بأن القرض لما كان يتأجل بمقتضى العادة كان للمتسلف أن يطالب المسلف بالتسليم، فلا يكون له حبس ما أسلف، وإذا لم يكن له حبسه لم يكن أحق به، ولو قيل: له الرجوع في ذلك وإن لم ينتفع المستسلف، كما قيل في عارية الأرض للبناء والغرس لم يبعد. وحكي عن أبي محمد الأصيلي إلحاق القرض بالبيع.

والطريقة الثانية لابن رشد: أن مذهب مالك وأصحابه التسوية بين القرض والبيع، وأن التفرقة بينهما لابن المواز خلافاً لهم.

* * *

[٥٣٣/أ] الحجر: أَسْبَابُهُ: الصِّبَا، والْجُنُونُ، والتَّبْذِيرُ، والرِّقُّ، والْفَلَسُ، والْمَرَضُ، وَالنِّكَاحُ فِي الزَّوْجَةِ .....

هذا مصدر حجر يحجر بضم الجيم وكسرها، وحقيقته **لغةً**: المنع، **وشرعاً**: منع المالك التصرف في ماله لمصلحة نفسه أو غيره، وذكر المصنف له سبعة أسباب.

ومفهوم العدد يقتضي الحصر فيها، وينتقض عليه بالحجر على الراهن لحق المرتهن، وبالحجر على المرتد.

وَيَنْقَطِعُ الصِّبَا بِالْبُلُوغِ وَالرُّشْدِ بَعْدَ الاخْتِبَارِ

وينقطع حجر الصبا على حذف مضاف بمجموع البلوغ والرشد؛ لقوله تعالى: ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ [النساء:٥].

ابن العربي: الابتلاء هو الاختبار والتحصيل لمعرفة ما غاب من علم العاقبة، والرشد لا يعرف إلا بالاختبار. **ابن رشد والمازري**: ويكون الاختبار بعد البلوغ على المشهور، وقال أبو جعفر الأبهري وغيره من البغداديين: يكتفى به قبله.

وقوله: (**بَعْدَ الاخْتِبَارِ**) في محل حال، فإن جعل حالاً من البلوغ لزم أن يكون كلام المصنف موافقاً لقول أبي جعفر، وإن جعل من الرشد أو منهما احتمل المشهور والشاذ.

ولا خلاف أنه لا يخرج من الحجر قبل البلوغ وإن ظهر رشده، فإذا بلغ فإما أن يكون أبوه قد حجر عليه وأشهد بذلك أم لا، فإن حجر عليه فحكمه كمن لزمته الولاية فإن لم يحجر عليه، فإما أن يعلم رشده أو سفهه، فإن علم أحدهما عمل عليه، وإن جهل فالمشهور أنه محمول على السفه، وروى زياد وابن غانم عن مالك أنه محمول على الرشد، وأخذ من قوله في نكاح المدونة: إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء، لكن تأوله الشيخ أبو محمد على أن المراد بنفسه لا بماله.

وقال ابن العطار: هو على السفه إلى عام، فعلى هذا الحجر عليه ما لم يتم العام، وقال في المقدمات: وروي عن ابن العطار أيضاً أنه يجوز للرجل تسفيه ولده بعد البلوغ إلا أن يكون معروفاً بالرشد، ولم يفرق بين القرب والبعد.

وحكى غيره من الموثقين أن تسفيهه جائز، وإن لم يعلم سفهه، إذا كان بحداثة بلوغه قبل انقضاء عامين.

تنبيه: ما ذكره المصنف من انقطاع حجر الصبي بالبلوغ والرشد إنما هو في حق ذي الأب، وأما ذو الوصي أو مقدم القاضي فلا ينفك الحجر عنه إلا بإطلاقه من الحجر، ثم الوصي الذي من قبل الأب له الإطلاق ويصدق فيما يذكر من حاله، وإن لم يُعرف ذلك إلا من قوله، وقال ابن القاسم في العتبية: لا يجوز إطلاقه إلا أن يتبين حاله ويعرف رشده، وأما المقدم من جهة القاضي فالمشهور على ما قاله المازري وغيره أنه كوصي الأب؛ لأن القاضي جبر به الخلل الكائن بترك الأب تقديم وصي لهذا الابن. وقال ابن زرب: هو كوكيل عن القاضي، فلا يكون له الإطلاق إلا بإذن من القاضي، إلا أن يكون معروفاً بالرشد، وحكى ابن رشد وغيره قولين - إذا قلنا إنه يطلقه دون إذن القاضي -: هل يشترط أن يعرف رشده أو لا [يشترط] ذلك؟

فإن قلت: لم جعلتم الوصي على المشهور أقوى من الأب وهو فرعه؟ **قيل**: لأن الأب لما أدخله في ولاية الوصي كان بمنزلة ما لو حجر عليه، وهو لو [حجر] عليه لم يخرجه إلا الإطلاق.

ويعرف الرشد بوجهين:

أحدهما: أن يتأمل أحوال يتيمه ويحصل له العلم بنجابته.

الثاني: أن يدفع إليه شيئاً من ماله يجربه به في التجارة، فإن نماه وحسن القيام به سلم إليه جميع ماله وإلا استمر عليه الحجر، قاله ابن العربي.

وَفِي الأُنْثَى بِأَنْ تَتَزَوَّجَ وَيَدْخُلَ بِهَا عَلَى الْمَشْهُورِ، ثُمَّ تُبْتَلَى بَعْدَهُ سَنَةً، وَقِيلَ: كَالذَّكَرِ ....

دل قوله: (**وَفِي الأُنْثَى**) أن الكلام المتقدم في الذكر تقديره: وينقطع في الذكر بكذا، وفي الأنثى بالرشد، وأن تتزوج ويدخل بها زوجها؛ لأنها قبل ذلك محجوبة عن الناس والتصرف، ومراده بالأنثى ذات الأب.

و(**عَلَى الْمَشْهُورِ**) راجع إلى دخول الزوج.

(**وَقِيلَ: كَالذَّكَرِ**) يحتمل أن يريد به أنه ينقطع عنها بالبلوغ والرشد، وهو ظاهر كلامه وهو قول حكاه المازري واللخمي، وذكر أنه وقع لمالك في كتاب الحبس من المدونة، وقال ابن راشد: قوله: (**وَقِيلَ: كَالذَّكَرِ**) يريد أنها تخرج بمجرد البلوغ، وهي رواية ابن غانم وزياد عن مالك.

قال في المقدمات: ومعنى هذه الرواية عندي إذا علم رشدها أو جهل حالها، وأما إن علم سفهها فهي باقية في ولايته.

وقوله: (**ثُمَّ تُبْتَلَى بَعْدَهُ**)؛ أي بعد الدخول.

(**سَنَةً**): وظاهره أنه لا يكفي مضي العام بعد الدخول إذا لم يكن الاختبار مستوعباً فيه، وأنه لابد من أن يكون الاختبار في مجموع السنة، وفي هذه المسألة - أعني في الحد الذي تخرج به ذات الأب من الحجر - أقوال:

أولها: ما ذكره المصنف أنها في ولاية أبيها حتى يمضي لها العام ونحوه بعد الدخول، وهو قول مطرف في الواضحة، فتكون أفعالها قبل العام مردودة ما لم يعلم رشدها، وبعده جائزة ما لم يعلم سفهها.

ثانيها: أنها في ولايته حتى يمر لها عامان، وهو قول ابن نافع.

ثالثها: حتى تمضي لها سبعة أعوام، [وعزي لابن القاسم، وبه جرى العمل عند أهل قرطبة، وقال ابن أبي زمنين: الذي أدركت عليه الشيوخ أنها تخرج من الولاية بمضي ستة أعوام] إلا أن يجدد الأب عليها سفها قبل ذلك، [وهو قول رابع.

خامسها] : [٥٣٣/ ب] وهوالمشهور على ما في البيان أنها في ولايته حتى يشهد العدول على صلاح أمرها، وهي على هذه الرواية مردودة الأفعال قبل دخول زوجها وإن علم رشدها، فإذا دخل بها زوجها وعلم رشدها خرجت من ولاية أبيها، وإن كانت بقرب بنائه، قال: وهذا قول مالك في الموطأ والمدونة والواضحة، واستحب مالك في رواية مطرف أن تؤخر إلى العام من غير إيجاب، ونحوه لعياض في باب النكاح، ولكنه زاد بعد أن عين المشهور أنها لا تخرج إلا بالدخول ومعرفة صلاح حالها، فقال: ومعناه أنها لا يعرف سفهها. انتهى.

وعلى هذا فلا يشترط أن تشهد العدول بصلاح الحال [بل بعدم] السفه.

سادسها: أنها في ولاية أبيها ما لم تعنس أو يدخل بها زوجها أو يعرف من حالها، وسيأتي الخلاف في سن تعنيس ذات الأب إثر هذه حيث تكلم المصنف على المعنسة، وقال المازري: المشهور من المذهب أن الثيب من النسوان البالغ تحمل على الرشد.

واختلفت إشارات المذهب عند بعض أشياخي في مجرد الدخول، هل يقتصر عليه؟ أو لابد من اختبار حالها بعد الدخول؟ وروى بعض أشياخي أن البدوية لا يوسع لها بعد الدخول كما يوسع في ذلك في بنات كبار التجار.

وعلى هذا فما قدمه المصنف خلاف المشهور. وقرأ بعضهم قول المصنف: **(ثُمَّ تُبْتَلَى بَعْدَهُ سَنَةً)** بالتاء لا بالنون ليوافق ما جرى به العمل على ما حكاه ابن أبي زمنين، وفيه بعد.

تنبيه: قول ابن أبي زمنين: ما لم يجدد الأب الحجر عليها، يدل على أن له أن يجدد الحجر عليها، وإليه ذهب ابن زرب وابن العطار، وقال الأصيلي وابن القطان: ليس له

ذلك إلا بإثبات سفهها، وعلى الأول فلو أوصى عليها حينئذٍ، ثم تراخى موته حتى بلغت الحد الذي تجوز فيه أفعالها فقولان:

أحدهما: أن إيصاءه عليها لازم كتجديد الحجر عليها الذي لا ينفك إلا بإثبات رشدها بالبينة العادلة.

وثانيهما: أن ذلك غير لازم بخلاف تجديد السفه، وقالوا: ذلك بمنزلة الأب يولي على ابنته وهي بكر ثم يزوجها، فتقيم مع زوجها سبع سنين أو أكثر فيموت، أن الإيصاء ساقط.

ابن راشد: لا أعلمهم اختلفوا في لزوم الولاية عليها إذا أوصى عليها بعد دخول زوجها، ثم مات بعد بلوغها الحد الذي هو وقت خروجها من ولايته، ولا يبعد دخول الاختلاف في ذلك بالمعنى، قال: وأما إن أوصى على ابنته وهي صغيرة أو بكر ثم مات وهي بكر قبل دخول زوجها بها قبل مضي المدة المؤقتة لخروجها من ولايته، فالولاية لها لازمة.

فَأَمَّا الْمُعْنِسَةُ فَالرُّشْدُ لا غَيْرُ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إِلا أَنْ تَكُونَ بِأَبٍ أَوْ وَصِيٍّ

يعني: أن الذي تقدم إنما هو في بكر لم تعنس، وأما المعنسة فيكتفى فيها بالرشد وجعلوا [علو السن] يقوم مقام التزويج، وسواء كانت ذات أبٍ أو وصي أو مهملة.

وهذا قال: (**ابْنُ الْقَاسِمِ... إلخ**) أي إنما يكتفى بالرشد في المهملة، وأما ذات الأب والوصي فلا، وهذا هو المعروف من قول ابن القاسم، والذي في المدونة أنه يجوز فعل المعنسة إذا أنس منها الرشد، وإن لم يجزه أبوها، وقال مالك: يجوز إن أجازه الأب. وقال في رواية عبد الرحيم: يجوز بشرط التعنيس فقط، ولهذا قال بعضهم في المدونة في هذه الصورة ثلاثة أقوال:

الجواز بشرط التعنيس فقط، وهي رواية عبد الرحيم.

والجواز بشرطين التعنيس وإيناس الرشد، وهو قول ابن القاسم.

والجواز بثلاثة شروط، فيزاد إلى ذلك إجازة الأب، وكلام اللخمي وابن رشد ينافيه؛ لأنهما جعلا قول مالك أن إجازة الأب في من جهل حالها، قال في المقدمات: والمشهور المعمول به أنها إذا كانت يتيمة وهي ذات وصي من قبل الأب أو مقدم من جهة القاضي أنها لا تخرج من ولايته وإن عنست وتزوجت ودخل بها زوجها وحسن حالها ما لم تطلق من الحجر، قال ابن الماجشون: حالها مع الوصي كالأب في خروجها من ولايته بالتعنيس أو النكاح مع طول المدة وتبيين الرشد.

واختلف في حد التعنيس فقيل: ثلاثون، وقيل: خمس وثلاثون، وقيل: أربعون، وقيل: من الخمسين إلى الستين، والتعنيس مأخوذ من التكسيل والعجز؛ لأن الغصن الرطب إذا مر عليه الزمان ذهبت مائيته وانكسرت نعمته وحط لونه.

فرع: لم يتعرض المصنف للمهملة إلا إذا كانت معنسة، قال في المقدمات: واختلف في اليتيمة التي لم يولَّ عليها أب ولا وصي على قولين:

الأول: أن أفعالها جائزة إذا بلغت المحيض وهو قول سحنون في العتبية، وقول غير ابن القاسم في المدونة ورواية زياد عن مالك.

والثاني: أن أفعالها مردودة ما لم تعنس وهومذهب المدونة؛ لأن فيها لا يجوز حتى تعنس وتقعد عن المحيض، أو ما لم تتزوج ويدخل بها زوجها وتقيم معه مدة يحمل أمرها فيها على الرشد، قيل: أقصاها العام وهوقول ابن الماجشون وإليه ذهب ابن العطار في وثائقه، وقيل: ثلاثة أعوام ونحوها، وقال ابن أبي زمنين: الذي أدركت عليه العمل: لا يجوز فعلها حتى تمر بها السنتان والثلاث.

[وفي حد تعنيس اليتيمة خمسة أقوال:

الأول: لابن نافع أقل من ثلاثين.

الثاني: لابن الماجشون ثلاثون.

الثالث: لمالك في رواية مطرف وابن القاسم] في رواية أصبغ أربعون.

الرابع: لابن القاسم من رواية سحنون عنه من الخمسين إلى الستين.

الخامس: حتى تقعد عن المحيض، وهو قوله في المدونة. انتهى.

وَبُلُوغُ الذَّكَرِ: بِالاحْتِلامِ أَوِ بِالإِنْبَاتِ، أَو بِالسِّنِّ - وَهِيَ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ، وَقِيلَ: سَبْعَ عَشْرَةَ، وَقِيلَ: خَمْسَ [٥٣٤/أ] عَشْرَةَ - وَتَزِيدُ الأُنْثَى بِالْحَيْضِ وَالْحَمْلِ

حاصله أن للبلوغ خمس علامات، وقد تقدم الكلام عليها في النكاح، والمشهور أن ما ذكره أن الإنبات علامة، قاله المازري وغيره، ودليله حديث بني قريظة، ولمالك في كتاب القذف أنه ليس علامة على البلوغ، ونحوه لابن القاسم في كتاب القطع.

وجعل في المقدمات هذا الخلاف فيما بينه وبين الآدميين، قال: وأما فيما بينه وبين الله من وجوب الصلاة ونحوها فلا خلاف أنه ليس بعلامة.

وَيُصَدَّقُ فِي الاحْتِلامِ مَا لَمْ تَقُمْ رِيبَةٌ، وَالإِنْبَاتُ مِثْلُهُ، وَقَوْلُ ابْنِ الْعَرَبِيِّ: يُنْظَرُ فِي الْمِرْآةِ - غَرِيبٌ ....

لمَّا ذكر علامات البلوغ شرع في ذكر معرفتها قال في الجواهر: وأما السن فبالعدد، وأما الاحتلام فيصدق فيه ما لم تقم ريبة؛ إذ لا يعرف إلا من جهته، وسواء كان طالباً كما لو ادعى أنه بلغ ليأخذ سهمه في الجهاد، أو مطلوباً كما لو جنى جناية وادعيَّ عليه البلوغ ليقام عليه حدها وأنكر هو ذلك.

وأما الإنبات، فقال ابن العربي: يكشف عن عورته ويستدبره الناظر فينظر في المرآة، وأنكره ابن القطان المحدث المتأخر، وقال: لا يجوز النظر إلى العورة ولا إلى صورتها، ولعل المصنف أطلق الغرابة عليه لهذا الإنكار، وإن أراد لأنه لم يقله غيره وكثيراً ما يطلق

المحدثون على الحديث الغرابة لهذا المعنى، ففيه نظر؛ لأن عبد الوهاب حكاه عن بعض شيوخه في كتاب الأحكام له أنه قال بذلك في عيب المرأة في النكاح: أنه تجلس امرأتان خلف المرأة كما ذكرنا. **خليل**: ولو قيل: يجس على الثوب كما قيل في العنة ما بعد.

وَالرُّشْدُ: أَنْ يَكُونَ حَافِظاً لِمَالِهِ عَارِفاً بِوُجُوهِ أَخْذِهِ وَإِعْطَائِهِ، وَقِيلَ: وَجَائِزُ الشَّهَادَةِ

الظاهر أن قوله: (**عَارِفاً بِوُجُوهِ أَخْذِهِ وَإِعْطَائِهِ**) بيان لحفظ المال.

فإن قيل: لم لا تجعلوا قوله: (**عَارِفاً بِوُجُوهِ أَخْذِهِ وَإِعْطَائِهِ**) قيداً آخر ويكون المراد به تنمية المال؟ **قيل**: لأن اللخمي نقل الاتفاق على أن من لا يحسن التجر ويحسن الإمساك أنه لا يحجر عليه، لكن ذكر المازري خلافاً فيما ينفك به الحجر عن المحجور عليه ماله هل بمجرد حفظه فقط، أو بزيادة اشتراط حسن تنميته؟

ووجه الثاني بأنه إن لم يحسن ذلك كان ذلك مؤدياً إلى فناء ماله، والأول بأنه لما كان لا يلزم القابض من أب أو وصي أو مقدم أن يتجر له، وإنما يلزمه صيانته فمالكه أولى، قال: وينبغي عندي أن يلتفت إلى قلة المال وكثرته، وعلى هذا فيمكن أن يريد المصنف هذا ويكون قيداً ثانياً، ويكون مراده بيان الرشد الذي يخرج به من الحجر لا الرشد الذي لا يضرب معه الحجر، فإن ذلك متفق على أنه لا يراعى فيه القيد الثاني كما ذكره اللخمي، والمشهور أنه لا يشترط في الرشيد أن يكون جائز الشهادة إذا كان حافظاً لماله، وإن كان يشرب الخمر ونحوه وهو قول ابن القاسم وأصبغ، وقال المدنيون كابن كنانة ومطرف وابن الماجشون: يحجر على من يشرب الخمر، واختاره ابن المواز وأشار غير واحد إلى أن هذا الخلاف إنما هو فيما يخرج به السفيه من الحجر: هل بحفظ ماله وهوالمشهور، أو بحفظه مع جواز الشهادة؟

ابن يونس: وأما ابتداء الحجر على السفيه فلا يبتدأ ذلك باتفاق، واعترضه ابن عبد السلام وقال: ليس متفقاً عليه، فقد حكى ابن شعبان في التحجير على الفاسق لفسقه قولين، غير أن الظواهر دالة على عدم الحجر؛ لأنه عليه الصلاة والسلام والخلفاء بعده أقاموا الحدود على من وجبت عليه، ولم يحجروا عليه، وحكى اللخمي في الحجر على من يخدع في البيوع قولين:

أولهما: لا يحجر عليه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لمن كان يخدع فيها: «**إذا بعت فقل لا خلابة**».

والثاني: لابن شعبان: يحجر عليه، ما لم يتبين رشد اليتيم بدخوله الأسواق ومخالطته لغيره في الشراء والبيع، فيعرف رشده بأن ينكر على المغبون [ويغبط] الحافظ لماله ويصوب فعله.

اللخمي: واختلف هل يبتلى بشيء من ماله فيدفع إليه، وظاهر ما في المدونة في كتاب المديان المنع؛ لأنه قال: إذا فعل ذلك الولي فلحقه دين لم يلحق ذلك الدين المال الذي في يده ولا الذي في يد وصيه. وأجاز ذلك غيره، وقال: يلحق ذلك الدين في المال الذي في يده، وقاله الشيخ أبو محمد وعبد الوهاب.

عياض: وعلى قوله: (إنه لا يعطى الصغير) لا يعطى البالغ السفيه أيضاً؛ لأن العلة كونه مولى عليه، هذا معنى كلامه، وفي كتاب الوصايا من المدونة مثل قول الشيخ أبي محمد؛ لقوله: (وإذا أذن للصبي أن يتجر جاز)، وعليه فالبالغ السفيه أولى، وفي المسألة ثالث بالجواز في السفيه البالغ دون الصغير، وقال أبو عمران: إنما يجوز في الصغير بشرط أن يطلع الوصي عليه من يعينه في تصرفه وإلا فهوضامن، ابن الهندي: وإنما يختبره إذا علم منه خيراً، قيل: الشرط أن يختبره باليسير كالخمسين ديناراً أو الستين؛ أي في حق من يليق به ذلك.

وَصِفَةُ السَّفِيهِ أَنْ يَكُونُ ذَا سَرَفٍ فِي اللَّذَّاتِ الْمُحَرَّمَةِ بِحَيْثُ لا يَرَى الْمَالَ عِنْدَهَا شَيْئاً ....

ولو قال: (والسفه السرف في اللذات... إلخ) لكان أحسن لكونه أخصر، ولأنه مقابل للرشد، واشتراطه أن تكون اللذات محرمة، قال ابن عبد السلام وغيره: هو خلاف ظاهر المدونة، ولا يقال: قوله جارٍ على قول من يرى أن الفسق موجب للحجر؛ لأن هذا القائل يرى أن مجرد الفسق يوجب الحجر، والمصنف [٥٣٤/ ب] قد اشترط أن يكون ذا سرف فيها، ويكفي في السفه كونه مسرفاً في اللذات المباحة والمكروهة، وفي المدونة والجواهر: وصفة من يحجر عليه من الأحرار أن يكون يبذر ماله سرفاً في لذاته من الشرب والفسق وغيره، فقوله: (وغيره) يبين لك ذلك، وأيضاً فإن قوله في حد الرشد: أن يكون حافظاً لماله، يدل على أن من يسرف في اللذات المباحة وغيرها سفيه؛ إذ لا واسطة بين السفه والرشد، وقال المازري: وقولنا: إن التبذير في غير الفسوق يوجب الحجر فكيف بالتبذير في الفسوق، فظاهره أن التبذير في المباحات يوجب الحجر، لكن قال بعد ذلك: وأما إنفاقه في الملاذِّ والشهوات وجمع الجماعات لأكل الكثير من الطيبات في المبيتات والمؤانسات، ففيه إشكال، وقال بعض أصحاب الشافعي: إنه يوجب الحجر، وعن ابن القصار كذلك، ولكن شرطه بشرط وهو أن يكون ما فضل عنه من ذلك لا يتصدق به ولا يطعمه [فقال: وقوله: (ولا يطعمه)] بعد ذكره الصدقة الظاهر أنه أراد إطعامه لإخوانه وهذا [قدر يسير إلا] أنه [لا] يرى ما ذكرناه عن بعض أصحاب الشافعي أنه يوجب الحجر وعلى هذا فيكون كلام ابن القصار يوافق ظاهر كلام المصنف، وانظر لو كان السفيه المبذر لماله في شهواته يتجر بما في يده تجارة تصير إنفاقه في شهواته من الربح ورأس المال محفوظ؛ أي المال الذي بيده، وفي الحجر على هذا إشكال.

وَتَصَرُّفُهُ قَبْلَ الْحَجْرِ عَلَى الرَّدِّ كَالْمَحْجُورِ عَلَيْهِ عَلَى الأَصَحِّ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الرَّدَّ لِلسَّفَهِ لا لِلْحَجْرِ ....

أي: المال إذا تصرف السفيه فيه، وأما مجهول الحال فأفعاله جائزة لا يرد شيء منها بالاتفاق، وحكاه في المقدمات وهذا هوالسفيه المهمل، والأصح لابن القاسم على ما في اللخمي والمازري والمقدمات وغيرها، ومقابله نقله اللخمي عن ابن كنانة وابن نافع، وعزاه في المقدمات [لمالك وكبار] أصحابه، وصرح في المقدمات في موضع آخر بمشهورية هذا القول، وذكر أيضاً في البيان في باب النكاح أن ما صححه المصنف هوالمشهور من قول ابن القاسم، وأن المشهور من مذهب مالك خلافه، وقد روى زياد القرطبي عن مالك أنه سأله عن سفيه عندهم يكسر قوارير البللور على ناصية فرسه ويشتري البازي والكلب بالضيعة الخطيرة، فقال: تمضي أفعاله، ثم سأله بعد زمان فقال: تمضي أفعاله، ولو كان مثل سفيهكم، وصحح المصنف الأول لما قاله المازري أنه اختيار المحققين من أشياخه؛ لأن السفه هوالعلة في حجر الحاكم، ورأى مقابل الأصح أن العلة في رد أفعاله الحجر؛ لأن ثبوت السفه يحتاج إلى اجتهاد وكشف، وهومما اختلف فيه، وقال مطرف وابن الماجشون بالتفصيل، فإن اتصل سفهه من حين بلوغه لم يجز شيء من أفعاله، وإن سفه بعد أن أنس منه الرشد فأفعاله جائزة ولازمة ما لم يكن بيعه بيع سفه وخديعة، مثل أن يبيع ما قيمته ألف دينار بمائة دينار ونحوه فلا يجوز ذلك عليه، وكذلك هبته، والثاني لأصبغ: إن لم يكن معلناً بالسفه مضت أفعاله، وإلا فلا، ومن الشيوخ من رأى أن السفه الظاهر البين يوجب رد أفعاله بخلاف السفه الخفي.

فإن قلت: لم جعلت هذه الأقوال زيادة على كلام المصنف؟ وهلاَّ جعلت الجميع مقابلاً للأصح، **قيل:** لثلاثة أوجه:

الأول: أن المنطوق به إنما يدل على مقابلة الإجازة، وأما القولان بالتفصيل فلا [دلالة له عليهما].

الثاني: أن عادة المصنف أن يجعل مقابل الأصح والمشهور ونحوهما قولاً واحداً.

الثالث: أن قوله: بإثره (**وعليهما**) يبين أنه لم يرد إلا قولين، والله أعلم.

تنبيه: [قال في المدونة] ومن أراد أن يحجر على ولده أتى به الإمام ليحجر عليه، ويشهر ذلك في الجامع وفي الأسواق ويشهد على ذلك، فمن باعه أو ابتاع منه بعد ذلك فهومردود وأخذ من هذا غير واحد أن مذهب المدونة موافق [لمالك] وكبار أصحابه، مخالف لابن القاسم، قال في المدونة: ولا يتولى الحجر إلا القاضي، قيل: فصاحب الشرطة؟ قال: القاضي أحب إليَّ.

عياض: و(أحب) هنا على الوجوب، وقال شيوخنا: إن الحجر مما يختص به القضاة دون سائر الحكام، وذكر ابن سهل أن ثمانية أشياء لا يحكم فيها إلا القاضي: التسفيه، والترشيد، والنظر في الوصايا، والنظر في الأحباس المعقبة، والنظر في مال الأيتام، والنظر في أمر الغائب، والنظر في الأنساب، [والنظر في الولاء، زاد أبو محمد صالح] : والنظر في الحدود والقصاص، وإذا أجزنا الحجر على السفيه الكبير فمذهب ابن القاسم أن السفه الذي يمنع أن يعطى ماله إذا بلغ يوجب استئناف الحجر عليه، وإن كان كبيراً مهملاً، ومذهب أشهب أن استئناف الحجر لا يجوز إلا بثبوت سفه ظاهر بين.

وَعَلَيْهِمَا الْعَكْسُ فِي تَصَرُّفِهِ بَعْدَ الْحَجْرِ إِذَا رَشَدَ

أي: القولين بسببهما ينعكس الحكم في المحجور عليه إذا رشد، ولم يحكم القاضي بإطلاقه، فعلى قول ابن القاسم تمضي أفعاله؛ لأن المعتبر عنده إنما هو حال التصرف لا حكم الحاكم، وعلى قول مالك لا تمضي؛ لأنه محجور عليه، ولم يفكه القاضي.

خليل: وقد يقال: وإن قلنا: إن الحجر لأجل حجر القاضي، لكن هو معلل في الأصل بالسفه ويلزم من زوال العلة زوال المعلول.

فإن قلت: مقتضى كلام المصنف أن ابن القاسم يقول بالإمضاء هنا، ونقل في المقدمات أن زونان روى عن ابن القاسم أن من ثبتت عليه ولاية فلا تجوز أفعاله حتى يطلق منها، **قيل**: المشهور عنه خلاف هذا، فقد قال في المقدمات أيضاً قبل هذا ومتصلاً به: وأما ابن القاسم فمذهبه أن الولاية لا يعتبر ثبوتها إذا علم الرشد ولا سقوطها إذا علم السفه.

وَفَائِدَةُ الْحَجْرِ رَدُّ التَّصَرُّفَاتِ الْمَالِيَّةِ كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالنِّكَاحِ وَالإِقْرَارِ بِالدَّيْنِ، [٥٣٥/أ] وَبِإِتْلافِ الْمَالِ وَالتَّوْكِيلِ إِلا وَصِيَّةَ الصَّغِيرِ إِذَا لَمْ يُخَلِّطْ فِيهَا كَالسَّفِيهِ

(أل) في (**الْحَجْرِ**) للعهد؛ أي الحجر الذي هو أقرب مذكور وهو حجر السفيه، ويحتمل الحجر في أول الكلام؛ أعني الذي عدد أسبابه وإن كان مراده هذا الثاني فهومخصوص؛ إذ المريض لا يمنع من البيع والشراء إذا لم يحابِ أو حابى بدون الثلث، ولا يمنع من الإقرار بالدين لمن لا يتهم عليه، وكذلك الزوجة لا تمنع من التصرف في الثلث ويكون المصنف أطلق هنا لما سيأتي.

فإن قلت: لا يصح أن يريد الثاني؛ لأن قوله: (**كَالسَّفِيهِ**) يرده؛ إذ السفيه أحد أنواعه، **قيل**: قوله: (**كَالسَّفِيهِ**) إنها هو راجع إلى الوصية فقط، وقصد المصنف بذلك بيان حكم وصية الصغير والسفيه، وهو الجواز وإلا فهو لم يقدم حكم وصية السفيه.

وقوله: (**كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ**) قال في المدونة: وأما شراؤه ما لا بد منه مثل الدرهم يبتاع به لحماً ومثل خبز وبقل ونحوه يشتري ذلك لنفسه مما يُدفع إليه من نفقته فجائز، وأخذ منه ابن الهندي أن الوصي لا يدفع لمحجوره إلا نفقة نفسه خاصة، وقال ابن العطار: يدفع إليه نفقة نفسه ورقيقه وأمهات أولاده، وأما الزوجة فهي تقبض لنفسها، قال في البيان: وإن باع اليتيم دون إذن وصيه أو الصغير من عقاره وأصوله بوجه السداد

في نفقته التي لا بد له منها ولا شيء له غير المبيع وهو أحق ما يباع من أمواله فاختلف فيه على ثلاثة أقوال:

أحدهما: أن البيع يرد على كل حال، ولا يتبع بشيء من الثمن، وهو قول ابن القاسم، وهو أضعف الأقوال.

الثاني: أن البيع يرد إذا رأى ذلك الوصي ولا يبطل الثمن عن اليتيم، ويؤخذ من ماله، وهو قول أصبغ.

الثالث: أن البيع يمضي ولا يرد وأما إن باع بأقل من القيمة أو باع ما ليس هو الأحق بالبيع [فلا خلاف أن البيع يرد وإن لم يبطل الثمن على اليتيم] لإدخاله إياه فيما لابد له منه، وأما ما باع اليتيم من ماله وأنفقه في شهواته التي يستغني عنها فلا خلاف أنه يرد ولا يتبع بشيء من الثمن كان المبيع يسيراً أو كثيراً، أصلاً أو عرضاً، وهو محمول فيما باعه وقبض ثمنه على أنه أنفقه فيما لا بد له منه حتى يثبت أنه أنفقه فيما له عنه بد، وفي المقدمات: وأما بيعه وشراؤه ونكاحه وشبهه مما يخرج عن عوض ولا يقصد به قصد المعروف، فإنه موقوف على نظر وليه، فله أن يجيز أو يرد بحسب النظر وإن لم يكن له ولي قدم القاضي له من ينظر في ماله، فإن لم يفعل حتى ملك أمره، فهو مخير في رد ذلك وإجازته، فإن رد بيعه وابتياعه وكان قد أتلف الثمن الذي باع به أو السلعة التي ابتاعها لم يتبع في ماله بشيء.

واختلف إذا كانت أمة فأولدها فقيل: كذلك فلا ترد، وقيل: ليس بفوت كالعتق، ولا يكون عليه من قيمة الولد شيء، واختلف إذا كان أنفق الثمن فيما لابد له منه هل يتبع ماله بذلك أم لا؟ على قولين، وإن كان الذي اشترى المشتري منه أمة فأولدها أو عتقها، أو غنماً فتناسلت، أو بقعة فبناها، أو شيئاً له غلة فاغتله، فالحكم في ذلك كمن اشترى من مالك فيما يرى فاستحق من يده بعد أن أحدث فيه ما ذكر، هذا إن لم يعلم أنه مولى عليه،

وأما إن علم أنه مولى عليه متعدٍّ في البيع بغير إذن وليه لسفه يقصده فحكمه كالغاصب، واختلف فيما فوت السفيه من ماله بهبة ونحوها، فلم يعلم به حتى مات هل ترد بعد الموت أو لا؟ على قولين. انتهى.

وقول المصنف: **(وَالإِقْرَارِ)**؛ أي بالمال. ابن كنانة إلا أن يقر به في مرضه فيكون في ثلث ماله، واستحسن ذلك أصبغ ما لم يكثر، وإن حمله الثلث.

وقوله: **(وَالتَّوْكِيلِ)**؛ أي على الحقوق المالية، وهو ظاهر.

وَلا حَجْرَ عَلَى الْبَالِغِ الْعَاقِلِ فِي الطَّلاقِ، وَاسْتِلْحَاقِ النَّسَبِ، وَنَفْيِهِ، وَعِتْقِ أُمِّ وَلَدِهِ، وَالإِقْرَارُ بِمُوجِبِ الْعُقُوبَاتِ بِخِلافِ الْمَجْنُونِ ....

هذا هو الذي احترز عنه بالتصرفات المالية، واحترز بالعاقل من المجنون، وبالبالغ من الصبي، فلا تمضي تصرفاتهما مطلقاً.

ونبه بقوله: **(فِي الطَّلاقِ)** على خلاف ابن أبي ليلى، في قوله: أنه لا يلزمه؛ لأنه قد يحتاج إلى امرأة أخرى فيؤدي ذلك إلى هلاك ماله، وخرجه بعضهم على قول المغيرة أنه لا يمضي عتق أم ولده، ورده المازري بأن أم الولد يترقب فيها المال بالجناية عليها، وكذلك يلزمه عندنا الطلاق والظهار واستلحاق النسب ونفيه؛ أي باللعان في الزوجة أو بدعواه في الأمة.

فإن قلت: في الاستلحاق إثبات وارث ففيه إتلاف مال. **قيل**: وإن سلم فلا يضر؛ لأنه بعد موته فكان كوصية.

وقوله: **(وَعِتْقِ أُمِّ وَلَدِهِ)** خالف في ذلك المغيرة وابن نافع، وهل يتبعها مالها؟ ثلاثة أقوال حكاها في المقدمات: روى أشهب عن مالك: أنه يتبعها، وروى يحيى عن ابن القاسم: أنه لا يتبعها. والثالث: إن كان مالها يسيراً أتبعها، وإلا فلا. قال: وأراه قول

أصبغ: وقوله: (**وَالإِقْرَارُ بِمُوجِبِ الْعُقُوبَاتِ**) كالزنى والسرقة، وهو ظاهر. قال في المقدمات: ويلزم السفيه البالغ جميع حقوق الله تعالى التي أوجبها على عباده في بدنه وماله، فيلزمه في بدنه ما وجب من حد أو قصاص ويلزمه في ماله ما أفسد أو كسر ما لم يؤتمن عليه باتفاق، وما اؤتمن عليه ففيه اختلاف ولا تلحقه يمين فيما ادعى عليه في ماله، وأما إن ادعى عليه [٥٣٥/ ب] فيما يجوز إقراره فيه فتلحقه اليمين فيه. انتهى.

وهل يجوز عفوه عما دون النفس من قصاص وجب له أو حد قذف وإليه ذهب ابن القاسم أم لا؟ وإليه ذهب مطرف وابن الماجشون، ولا خلاف أنه لا يصح عفوه عن جراح الخطأ لأنها مال، فإن أدى جرح الخطأ إلى إتلاف نفسه وعفا عن ذلك عند موته، كان ذلك في ثلثه كالوصايا، وإن وجب له قصاص في نفس كما لو قُتل أبوه أو ابنه عمداً صح عفوه على مذهب ابن القاسم الذي يرى أن الواجب في العمد قود كله. ابن عبد السلام: وفيه نظر على مذهب مطرف وابن الماجشون المتقدم، وتردد المازري على مذهب أشهب الذي يرى أن الولي بالخيار بين القتل وأخذ المال، وأجراه على أن من ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا؟

وَوَلِيُّ الصَّبِيِّ: أَبُوهُ ثُمَّ الْوَصِيُّ ثُمَّ وَصِيُّهُ ثُمَّ الْحَاكِمُ وَلا وِلايَةَ لِجَدٍّ وَلا غَيْرِهِ

(**ثُمَّ وَصِيُّهُ**)؛ أي وإن بعد، والسفيه مشارك للصبي في هذا، فلو قال: (وولي الصبي والسفيه أبوه) كان أولى.

وقوله: (**أَبُوهُ**) يريد إذا كان الأب رشيداً وإذا كان سفيهاً فهل ينظر وليه على بنيه؟ ابن عتاب وابن القطان: جرى العمل أنه لا ينظر على بنيه إلا بتقديم مستأنف.

ابن سهل: ودليل الروايات أنه ينظر إليهم.

قوله: (**وَلا وِلايَةَ لِجَدٍّ وَلا غَيْرِهِ**)؛ أي من أخ أو عم.

وَلا يُبَاعُ عَقَارُهُ إلا لِحَاجَةِ الإنْفَاقِ أَو لِغِبْطَةٍ أَو لِسُقُوطِهِ إنْ لَمْ يُنْفِقْ عَلَيْهِ مَا يَكونُ الْبَيْعُ عِنْدَهُ أَوْلَى وَيَسْتَبْدِلُ بِثَمَنِهِ أَصْلَحَ ....

ما ذكره من جواز البيع لحاجة الإنفاق عليه ظاهر؛ لأنه إنما حفظ ماله من أجل النفقة عليه أو لغبطة؛ أي لزيادة في ثمنها، فقد أجاز في المدونة والعتبية بيع دار اليتيم إذا بذل فيها أضعاف ثمنها لسحنون، وذلك إذا كان المالك مثل عمر بن عبد العزيز؛ يعني في طيب مكسبه.

أبو عمران: وإن علم الوصي بخبث مكسبه ضمن، وإن لم يعلم كان له أن يلزمه مالاً حلالاً أو تباع الدار فيه، واشترط الغرناطي في وثائقه في الزيادة التي يباع عقار اليتيم لها أن تزيد على الثلث.

وقوله: (**أَو لِسُقُوطِهِ**) هو كقوله في الجواهر: أو لخشية سقوطه إن لم ينفق عليه من المال ما يكون معه بيعه وابتياع غيره بثمنه أفضل.

ابن عبد السلام: فـ(ما) من قوله: (ما يكون البيع) موصولة منصوبة انتصاب المفعول به، والعامل فيها (**يُنْفِقْ**) من قوله: (**إِنْ لَمْ يُنْفِقْ**)؛ أي خشية سقوطه ما لم ينفق عليه نفقة كثيرة، فيكون البيع بسببها أولى، فبيعها حينئذٍ سائغ، ويستبدل بثمنها ما هو أصلح للمحجور، وقال ابن راشد: في كلامه إضمار تقديره: أو لسقوطه إن لم ينفق عليه سقوطاً يكون البيع عنده أولى، فأقام (ما) مقام المصدر المحذوف، ويحتمل أن تكون بمعنى المصدر، والمعنى سقوط ما يكون البيع عنده أولى، وكلام ابن عبد السلام أحسن، وزاد الموثقون وجوهاً أخر يباع عقار اليتيم لها.

الأول: ألا يعود عليه شيء منه فيبيعه ليعوض عنه ما يعود منه.

الثاني: أن يبيعه ليعوض ما هو أجود منه.

الثالث: لضرر الشركة، فيبيعه ليعوضه داراً كاملة.

الرابع: إذا أراد شريك البيع، وهو لا ينقسم ولا مال له يشتري به حصة شريكه.

الخامس: أن تكون الدار واهية يخشى عليها الخراب، وليس له مال يصلح منه.

السادس: أن يكون بين أهل الذمة.

السابع: أن يكون ملكاً موظفاً فيستبدل حراً.

الثامن: أن يكون بين جيران سوء، فيبيعها ليأخذ أجود، قاله ابن المواز، حكاه في الطراز.

التاسع: أن يتقي عليها من السلطان وغيره، ذكره صاحب الطراز.

العاشر: إذا خشي انتقال العمارة من موضعه، قاله في الجواهر وأورد ابن عبد السلام: أن ظاهر قوله: (**لا يُبَاعُ عَقَارُهُ**) أن ذلك في حق الأب بالنسبة إلى ولده الصغير والوصي، وظاهر المذهب أن الأب يبيع مال ولده الصغير والسفيه الذي في حجره، الربع وغيره؛ لأحد هذه الوجوه أو غيرها. وفعله في ربع ولده كغيره من السلع محمول على الصلاح، وإنما يحتاج إلى أحد هذه الوجوه الوصي وحده، وكذلك قال ابن راشد: إن المتولي للبيع على المحجور من أب أو وصي أو كافل أو حاكم؛ فالأب له أن يبيع لولده ويشتري، وفعله محمول على السداد حتى يثبت خلافه، [ولا يشترط في بيعه ما يذكر بعدُ في الوصي لمزيد شفقته، إلا أن يشتري لولده من نفسه فيحمل على غير النظر حتى يثبت خلافه]، ولو باع من نفسه ولم يذكر أنه باع لولده فالبيع ماضٍ ولا اعتراض فيه للابن إذا رشد، قاله ابن القاسم في الواضحة، والثمانية.

فإن باع لمنفعة نفسه فسخ عند أصبغ بعد أن كان يمضيه ثم رجع إلى مذهب ابن القاسم وغيره: أنه إذا تحقق أنه باع لمنفعة نفسه فسخ. حكاه عن أصبغ ابن حبيب.

وأما الوصي فهو أخفض رتبة من الأب؛ لأن الأب يبيع من غير ذكر سبب، بخلاف الوصي، فإنه لا يبيع إلا بعد ذكر سببه، ولا يجوز له أن يهب مال محجوره للثواب

بخلاف الأب، وفعل الوصي محمول على السداد حتى يثبت خلافه، قاله جماعة من الأندلسيين وغيرهم، وقال أبو عمران وغيره من القرويين: فعله في الرباع محمول على عدم النظر حتى يثبت خلافه، قال: وهو معنى ما في الموازية، قال: وإنما فرقنا بينه وبين الأب؛ لأنه في الكتاب كلما سئل عن الأب أطلق القول بجواز بيعه، إلا أن يكون على غير وجه النظر، وإذا سئل عن الوصي قال: لا يجوز بيعه إلا أن يكون نظراً، وحيث قلنا بجواز بيعه أو منعه فذلك ما لم يبين السبب الذي لأجله بيع، فإن بينه فلا يختلف في جواز بيعه ويضمن العقد معرفة الشهود لذلك، وإذا اقتصر على ذلك ولم يضمنه فقد لا يختلف في الجواز أيضاً وهو ظاهر[٥٣٦/ أ] ما حكاه ابن القاسم الموثق، ونص كلامه: ومن تمام العقد أن يُضَمَّنَ معرفة الشهود السداد في البيع وأنه أولى ما بيع عليه إن كان له سواه، وإن سقط هذا من العقد كان فعل الوصي محمولاً على السداد حتى يثبت خلافه، هذا هو المشهور، وقيل: لا يجوز بيع الوصي حتى يبين الوجه الذي لأجله وجب البيع. فقوله: (حتى يبين الوجه) يقتضي أنه إذا بينه لا يختلف في جواز بيعه، وظاهره أنه يكتفي فيه بذكره من غير احتياج إلى إثباته، وقد نص في الطرر على أن بيعه جائز، وإن لم يعرف ذلك إلا من قوله وعلى ما قاله أبو عمران: لا يتم البيع حتى يشهد الشهود بمعرفة السداد، وأن الوصي باع لغبطة أو لحاجة فيتم له الشراء، [ويؤيده ما حكاه ابن زياد في أحكامه أنه إذا أقيم فيما باعه الوصي فعلى المشتري أن يثبت أنه اشترى شراء صحيحاً، وأن الوصي باع لغبطة أو لحاجة ويتم له الشراء]، وفي الطراز قال ابن المواز: إذا باع الوصي عقار اليتيم مضى فعله وجاز، ما لم يكن فيه غبن في الثمن مما لا يتغابن الناس فيه، وإن لم يكن شيء من الوجوه المذكورة، فإذا باع نفذ بيعه، وهو قول الشيوخ قديماً وبه العمل، وقال ابن عبد الغفور: هذا خلاف ما تدل عليه أقاويلهم، ثم عدَّد الأسباب التي يبيع الوصي العقار لها، ثم قال: ولو أوصى رجل لابنته وأوصى أن يبيع عليها مالها وأصولها جاز ذلك وإن لم تكن حاجة، إذا كان ذلك نظراً كالنكاح.

وأما الكافل ففي بيعه عن مكفوله أربعة أقوال:

أحدها: المنع مطلقاً، قاله مالك في كتاب القسم من المدونة في مسألة من كفل ابناً صغيراً أو ابن أخ، قال: لا يجوز بيعه عليه ولا قسمه له.

ثانيها: الجواز مطلقاً، قال ابن الماجشون في الواضحة: أجاز مالك وغيره من العلماء نظر العم وغيره [كالأم] والأخ وابنه الرشيد لليتيم دون تقديم السلطان أو إيصاء من الأب، وأجازوا له ما يجوز للوصي إذا أحسن النظر ولم يتهم، ويؤيده أن مالكاً أجاز لملتقط الطفل أن يحوز له ما وهب له دون أن يجعل السلطان له ذلك، وأجاز في النكاح إنكاحه لمكفولته وقال: من أنظر لها منه؟!

أبو بكر بن عبد الرحمن وغيره: وإذا جاز إنكاحه فبيعه أولى.

وثالثها: الجواز في بلد لا سلطان فيه، والمنع في بلد فيه السلطان، قاله ابن الهندي.

رابعها: الجواز في اليسير: قاله في العتبية: وبه قال أصبغ، وبه جرى العمل، واختلف في حد اليسير، فقال ابن زرب: ثلاثون ديناراً ونحوها، وقال ابن العطار: عشرون ديناراً ونحوها، وقال ابن الهندي: عشرة ونحوها، وإذا أقيم على المبتاع فيما باعه الكافل فعليه أن يثبت حضانة البائع وحاجة المبيع عليه والسداد في الثمن، وأنه أنفق الثمن عليه وأدخله في مصالحه، وأنه ليس له مال غيره، وأنه أولى ما بيع عليه من عقاره، وأنه يضمن ذلك عقد البيع آخراً، ولو رفع ذلك الكافل إلى القاضي لم يأمره بالبيع حتى يثبت عنده يُتْم المبيع عليه وملكه لما يباع عليه وحاجته للبيع والسداد في الثمن والاشتراك إذا كان المبيع مشتركاً.

ولما رأى الفقهاء أن اليتيم ربما ضاع قبل إثبات ذلك عند القاضي أجازوا للكفيل البيع دون مطالعته حسب ما قدمناه وإلى هذا المعنى أشار ابن العطار، وأما القاضي فله أن يبيع على اليتيم إذا ثبت عنده يتمه [وإهماله] وملكه لما باع عليه، وأنه لا شيء عنده يباع

غير ذلك، وأنه أولى ما يبيع عليه، وحازه الشهود على من شهد عنده بالملكية وقبول من يقدمه للبيع لما كفله من ذلك، وتسويق الْمُقَدم للبيع وأنه لم يُلْف على ما أعطى زائداً والسداد في الثمن، واختلف هل عليه أن يصرح باسم الشهود الذين ثبت بهم عنده ما أوجب البيع أم لا على قولين. انتهى كلام ابن راشد.

وَلِلْوَلِيِّ النَّظَرُ فِي قِصَاصِ الصَّغِيرِ أَوِ الدِّيَةِ وَلا يَعْفُو

لولي الصغير أباً أو غيره أن ينظر في القصاص الذي وجب للصبي، إما بجناية عليه أو على وليه في القصاص أو أخذ الدية، فإن كان غنياً ولا حاجة له بالمال فالقصاص أولى، وإلا فالعكس. قال في المدونة: وليس للأب أن يعفو إلا أن يعوضه من ماله.

(**وَلا يَعْفُو**) أي في العمد والخطأ.

وَلا يُعْتِقُ وَلا يُطَلِّقُ إِلا بِعِوَضٍ عَلَى وَجْهِ النَّظَرِ

يعني: وليس لولي الصغير أباً أو غيره أن يطلق عليه إلا بعوض، ولا أن يعتق عبداً من عبيده، ويرد العتق إلا أن يكون الأب موسراً فيجوز ذلك على الأب، ويضمن قيمته في ماله، قاله مالك في كتاب الشفعة.

وَللأبِ ذَلِكَ فِي الأُنْثَى الْمُجْبَرَةِ وَفِي غَيْرِهَا مِنَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِنَّ، وَفِي الْبَالِغِ السَّفِيهِ: قَوْلانِ ....

أي: للأب أن يخالع عن الأنثى المجبرة. (**وَفِي غَيْرِهَا... إلخ**) تقدم ذلك في الخلع، وعين هنالك في السفيه: المشهور أنه لا يخالع عليه.

وَيَعْفُو عَنْ شُفْعَةٍ لِمَصْلَحَةٍ فَتَسْقُطُ

أي: لأن الأخذ بالشفعة شراء، وقد يكون لمصلحة وقد لا يكون، فإذا رأى الإسقاط مصلحة لا يكون للصبي أن يأخذ بالشفعة إذا رشد، وإن كان الأخذ هو المصلحة وترك ذلك كان له الأخذ إذا رشد، وستأتي هذه المسألة في الشفعة.

وَلِلسَّيِّدِ الْحَجْرُ عَلَى رَقِيقِهِ مُضَيِّعاً أَوْ حَافِظاً

لما انقضى كلامه على الأسباب الثلاثة؛ يعني الصبا والجنون والتبذير شرع في الرابع، وذكر أن للسيد أن يحجر على رقيقه، وإن كان العبد حافظاً؛ لأن له حقاً في ماله انتزاعاً.

(وحافظاً ومضيعاً) منتصبان على الحال من رقيقه؛ لأن الرقيق على ما ذكره الجوهري للواحد والجمع، فلذلك جاء حاله مفرداً.

وَحُكْمُ مَنْ أَذِنَ لَهُ السَّيِّدُ فِي التِّجَارَةِ حُكْمُ الْوَكِيلِ الْمُفَوَّضِ لَهُ فِيهَا

أحال حكم العبد المأذون له في التجارة على حكم الوكيل المفوض، اعتماداً على ما سيأتي، [٥٣٦/ ب] - وقد يشبه المصنف في كتابه بما سيأتي وقد تقدم تنبيهنا على ذلك - [أو لقيد] الحكم في الجميع.

واعلم أنه إن أذن له في التجارة من غير تقييد كان كالمفوض فيها بلا إشكال، وإن خصه بنوع فالمشهور وهو مذهب المدونة أنه كذلك، وبه قال أصبغ، وقال سحنون: ليس له أن يتجر بالدين إذا حجر عليه في التجارة به، قال في المقدمات: وكذلك يلزم من قوله: (إذا حجر عليه في التجارة) في نوع من الأنواع، وعلى المشهور فقيد ذلك بعض الصقليين بأن لا يشهر ذلك ويعلنه، وأما إن أشهره فلا يلزمه.

ابن رشد: وهو صحيح في المعنى قائم من المدونة والعتبية. وعارض اللخمي مذهب ابن القاسم بما قاله ابن القاسم في المقارض يدفع له المال على أن يتجر في صنف: أنه إن تجر في

غيره كان متعدياً؛ وعلى هذا فيحمل قول المصنف: **(أذن في التجارة)** على أن المراد جنسها، وسواء أذن له إذناً مطلقاً أو مقيداً ليوافق المشهور. قال في المدونة: وإن أقعده ذا صنعة مثل قصارة ونحوها فلا يكون ذلك إذناً في التجارة ولا في المداينة، وكذلك إن قال لعبده: أدِّ لي الغلة، فليس بمأذون في التجارة.

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَضَعَ أَوْ يُؤَخِّرَ أَوْ يَعْمَلَ طَعَاماً إِلا اسْتِئْلافاً لِلتِّجَارَةِ

أي: ليس للمأذون أن يضع من الدين أو يؤخره أو يعمل طعاماً يدعو الناس إليه ولو كان عقيقة لولده، قاله في المدونة: والاستثناء عائد على الجمل المتقدمة، صرح بذلك في المدونة، وذهب سحنون إلى أنه لا يجوز التأخير بالثمن؛ لأنه إن لم يكن لمنفعة فواضح، وإلا فهو سلف جر نفعاً، وأجيب باختيار ابن القاسم الثاني ولا يلزم عليه المنع؛ لأنها منفعة غير محققة، وأيضاً فإنه منقوض بالحر، فإنه يجوز له التأخير بالأثمان طلباً لمحمدة الثناء، وقيد اللخمي جواز التأخير بها إذا لم يبعد الأجل، والوضيعة بها إذا لم تكثر، قال في المدونة: ولا يجوز للعبد أن يعير من ماله جارية مأذوناً كان أو غير مأذون، وكذلك العطية. ابن المواز: وقال غيره لا بأس أن يعير دابته إلى المكان القريب ويعطي السائل الكسرة والقبضة.

وَلَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي الْوَصِيَّةِ لَهُ، وَالْهِبَةِ، وَنَحْوِهِمِا، وَيَقْبَلُهُمَا بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ

أي: فللمأذون أن يتصرف فيما أوصى له به أو وهب له ونحوهما، كالصدقة، وله أن يقبل ذلك بغير إذن سيده، وأقيم من المدونة أنه ليس للسيد أن يمنعه من قبول الهبة؛ لأن فيها: وما وهب للمأذون وقد اغترقه دين فغرماؤه أحق به من سيده ولا يكون لغرمائه من عمل يده شيء، ولا من خراجه، وإنما يكون ذلك في مال وهب للعبد أو تصدق به عليه أو أوصى له به، فقبله العبد.

عياض: وهذا ظاهر في أن السيد لا يمنعه من قبوله، وظاهره أن الغرماء لا يجبرونه على قبوله، أبو محمد صالح: وظاهره سواء وهب لأجل الدين أم لا.

خليل: ولو قيل: إن للسيد أن يمنعه من قبول الهبة ونحوها كان حسناً للمنة التي تحصل على [السيد].

تنبيه: واختلف الشيخان في قوله: (وإنما يكون ذلك في مال وهب للعبد)، فقال ابن القابسي: هذا بشرط أن يوهب له لأجل وفاء الدين، وأما إن لم يوهب له لذلك فهو كالخراج يكون السيد أحق به، وقال أبو محمد: الغرماء أحق سواء وهب له بشرط الوفاء أم لا.

وَكَذَلِكَ غَيْرُ الْمَأْذُونِ

التشبيه راجع للقبول فقط؛ لأن التصرف إنما يكون للمأذون إلا أن يكون الواهب أو الوصي شرط في هبته أو وصيته ألا حجر عليه فيها، فينبغي أن يمضي ذلك على شرطه كما قال بعضهم في السفيه والصغير. قاله ابن عبد السلام.

وَفِي إِمْضَاءِ أَخْذِ الْمَأْذُونِ الْقِرَاضَ وَإِعْطَائِهِ: قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ، وَأَشْهَبَ

لا يدل قوله: (**وَفِي إِمْضَاءِ**) على الجواز ابتداء، وفي المدونة في باب القراض: وللمأذون دفع القراض وأخذه. ووافق سحنون أشهب على أنه ليس له ذلك، وسبب القولين: هل ذلك من باب التجارة فيجوز للإذن فيها أو الإجارة فيمتنع؟ وإنما يظهر التعليل في التجارة في أخذه، وأما في إعطائه فعلل اللخمي منع أشهب بأنه إيداع للمال ولم يؤذن فيه، والمساقاة كالقراض، قيل: وإن أخذ المأذون له القراض فربح فيه فما أخذ من الربح فهو مثل خراجه لا يقضى منه دينه ولا يتبعه إن عتق؛ لأنه إنما باع منافع نفسه بذلك فأشبه أن لو استعمل نفسه في الإجارة.

وَيَتَعَلَّقُ دِينَهُ بِمَا فِي يَدِهِ ثُمَّ بِذِمَّتِهِ إِذَا عُتِقَ لا بِرَقَبَتِهِ وَلا بِسَيِّدِهِ

يعني: ويتعلق الدين الواجب على المأذون بسبب التجارة أو ما في معناه من وديعة استهلكها بالمال الذي في يده، فإن فضل شيء تعلق بذمته إذا عتق، وإتيان المصنف بـ(**ثُمَّ**) الدالة على التراخي يدل على أنه لا يتعلق بذمته قبل العتق، وفيه نظر؛ لأنه لو كان كما قال المصنف أنه لا يتعلق بذمته قبل العتق لما كان للغرماء أخذ الهبة بشرط أن يوهب له لأجل وفاء الدين، وقلما يوجد ذلك، فلا يتأتى الطلب إلا بعد العتق وفيه تسليم إمكانه، وإن قل فهو وارد عليه، وأيضاً فإن الأخذ هو القليل، وأما الدين فهو متعلق بالذمة، والله أعلم.

وقوله: (**لا بِرَقَبَتِهِ**) تنبيهاً منه على مذهب أبي حنيفة أنه يتعلق برقبته، وحكي عن سحنون.

وَتُبَاعُ أُمُّ وَلَدِهِ

واعلم أن أم ولد المأذون ليس فيها طرف حرية، وإلا لكانت أرفع حالاً من سيدها؛ إذ ليس فيه هو طرف من حرية فلذلك بيعت في الدين وجاز بيعها في غيره، بشرط أن يأذن سيده. **أبو محمد** وغيره: والعلة في أنه لا يبيع المأذون له أم ولده إلا بإذن سيده؛ لأنها قد تكون حاملاً وحملها للسيد، ويكون قد باع عبداً للسيد بغير أمره، وعلل ذلك بعضهم بأن العبد إذا عتق تكون له أم ولد بالولد الذي ولدته في حال رق سيدها على قول؛ فلذلك [٥٣٧/ أ] لم يبعها بذلك إلا بإذن سيده وهذا مبني على مراعاة الخلاف، وهذا لو كان كما ذكرنا لما جاز له البيع ولو أذن له سيده، وأورد على الأول أنه يلزم منه عدم جواز بيع المأذون الأمة الموطوءة، وإن لم تحمل لاحتمال أن تكون حاملاً، وأجيب بأن أم الولد قد صارت خزانة للمأذون بإيلادها المتقدم بخلاف إذا لم تلد.

فرع: وإذا قام الغرماء على المأذون وأمته ظاهرة الحمل فقال اللخمي: يؤخر بيعها حتى تضع ويكون ولدها للسيد، وتباع بولده، ويقوم كل واحد بانفراده قبل البيع ليعلم

كل واحد منهما ما يبيع به ملكه، وإن لم تكن ظاهرة الحمل وبيعت في الدين ثم ظهر حمل، فهل للسيد فسخ البيع لحقه في الولد أم لا؟ قولان، وأما إن باعها بغير إذن سيده ولم يظهر حمل لم ينقض البيع، ولم يذكروا في ذلك خلافاً، وأما إن باع المأذون من أقاربه من يعتق على الحر فباعه بغير إذن سيده، فاختلف الشيوخ في نقض ذلك البيع، فقال بعض من سلم أن بيع أم الولد لا ينقض: إنه ينقض هذا البيع، وقال غيره: لا ينقض.

دُونَ وَلَدِهِ إِلا أَنْ يَشْتَرِيَهُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ

أي: دون ولده، فإنه لا يباع في دينه؛ لأنه مال للسيد إلا أن يشتريه وعليه دين، فإنه يباع حينئذٍ للغرماء؛ لأنه أتلف أموالهم.

وَهُوَ فِي قِيَامِ الْغُرَمَاءِ وَالْحَجْرِ كَالْحُرِّ، وَقِيلَ: يَحْجُرُ السَّيِّدُ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ، وَقَالَ اللَّخْمِيُّ: مَا لَمْ يَطُلْ تَجْرُهُ ....

يعني: والمأذون في قيام غرمائه وحجرهم عليه كالحر فلا يكون ذلك للسيد، وإنما يكون لحاكم، ولهذا قابله بقوله: (**وَقِيلَ: يَحْجُرُ السَّيِّدُ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ**).

ومقتضى كلام المصنف أن الأول هو المشهور لتصديره به وعطفه عليه بـ(**قِيلَ**)، وهو قول ابن القاسم، فقد نقل عنه ابن حارث أنه لو أراد السيد الحجر عليه لا يجوز له ذلك إلا بإذن السلطان، وفي المدونة لا ينبغي لسيد المأذون أن يحجر عليه إلا عند السلطان فيوقفه السلطان للناس ويؤمر به فيطاف به حتى يعلم ذلك منه، ثم قال: وليس للغرماء أن يحجروا عليه إلا عند السلطان، وإنما لهم أن يقوموا عليه فيفلسوه وهو كالحر في هذا، فانظر قوله: (ينبغي) هل معناه الوجوب، بدليل آخر كلامه وما نقله ابن حارث، وعلى هذا حمل المدونة من تكلم على هذا الموضع من كلام المصنف أو هو على بابه، وإليه ذهب أبو الحسن؟

وقوله: (**وَقِيلَ: يَحْجُرُ السَّيِّدُ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ**) هذا القول نقله ابن شاس، وظاهر كلامه أن قول اللخمي ثالث، وإنما ذكره على أنه المذهب. **ابن عبد السلام**: ولا ينبغي أن يعدل عنه.

وَأَمَّا الانْتِزَاعُ إِذَا لَمْ يَكُنْ غُرَمَاءُ فَكَغَيْرِهِ

أي: كغير المأذون في الانتزاع إلا أن يتعلق حق الغرماء بها في يد العبد فلا يكون للسيد حينئذٍ الانتزاع.

وَإِذَا كَانَ تَجْرُهُ لِلسَّيِّدِ وَهُوَ نَصْرَانِيٌّ لَمْ يَجُزْ لِسَيِّدِهِ تَمْكِينُهُ مِنْ تَجْرٍ فِي خَمْرٍ وَنَحْوِهِ، فَإِنْ كَانَ لِنَفْسِهِ فَفِي جَوَازِ تَمْكِينِهِ: قَوْلانِ

لأنه إذا تجر لسيده فهو كوكيل له فلذلك لا يجوز لسيده أن يمكنه من شراء خمر ونحوه، وأما إن تجر لنفسه وعامل أهل الذمة فقولان أجراهما اللخمي، على أنهم: هل هم مخاطبون بفروع الشريعة فلا يمكَّن، أم ليسوا بمخاطبين فيمكَّن؟ وقد يجريان على أن من ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا؟ اللخمي: وكان لابن عمر رضي الله عنهما عبد نصراني يبيع الخمر فمات فورثه.

فرع: وأما العبد غير المأذون فروى أشهب عن مالك لا يُشترى من العبد الذي لم يؤذن له في البيع والشراء، وإن قل مثل الخف وشبهه، ولا يقبل قوله أنَّ أهله أذنوا له حتى يسألهم.

خليل: ولعل هذا لأن العبيد لا يبيعون ولا يشترون في عادتهم، وأما عندنا فالعبد يبيع ويشتري، لا سيما الشيء القليل، فينبغي أن يقبل قوله كما قبلوه في الهدية والاستئذان إذا قال: سيدي أهدى لك هذا، أو أذن لك في الدخول، قال القرافي في قواعده: ويجوز تقليد الصبي والأنثى والكافر الواحد في الهدية والاستئذان، وهو مستثنى من الشهادة؛ لما يحتف به من القرائن والضرورة.

وَيُحْجَرُ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ فِي الْمَرَضِ الْمَخُوفِ فِيمَا زَادَ عَلَى حَاجَتِهِ مِنْ أَكْلِهِ وَكِسْوَتِهِ وَتَدَاوِيهِ ....

لما في الصحيحين أن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه سأل النبي صلى الله عليه وسلم وهو مريض وقال: إنه لا يرثني إلا ابنة واحدة أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: «**لا**».

فقلت: بالشطر، فقال: «**لا**»، ثم قال: «**الثلث والثلث كثير**»، والمخوف الذي يخاف على صاحبه الموت، واحترز به مما دونه، فلا حجر على صاحبه، وسيأتي، وقيد الحجر بما زاد على حاجته، وأما حاجته فلا يحجر عليه فيها.

و(**مِن**) في قوله: (**مِن أَكْلِهِ**) لبيان الجنس، وحاصله أنه لا حجر عليه فيما يأكله ويتداوى به ويكتسي به، وإنما يحجر عليه فيما زاد على الثلث بالنسبة إلى العطايا، فإن فعل فقال المصنف:

وَيُوقَفُ كُلُّ تَبَرُّعٍ فَإِنْ مَاتَ فَفِي الثُّلُثِ وَإِلا فَكَإِنْشَاءِ الصِّحَّةِ

(**كُلُّ تَبَرُّعٍ**)؛ أي عتقاً كان أو غيره، وظاهره كان له مال مأمون أم لا. وهو قول مالك الأول، والذي رجع إليه في المأمون أنه ينفذ ما بتل من عتق أو غيره في المرض، قال في كتاب العتق: وليس المال المأمون عند مالك إلا في الدور والأرضين والنخل والعقار، فإن مات؛ أي بعد إيقافه، فتبرعه خارج من الثلث كالوصايا. (**وَإِلا**)؛ أي وإن لم يمت.

(**فَكَإِنْشَاءِ الصِّحَّةِ**) فيكون ذلك بمنزلة ما لو أنشأ ذلك التبرع في الصحة فيلزمه ذلك. وفي بعض النسخ: (وإلا استأنينا الصحة)، وهو ظاهر.

وَلا يُحْجَرُ عَلَيْهِ فِي الْمُعَاوَضَةِ، [٥٣٧/ب] وَالْمُحَابَاةُ فِيهَا مِنَ الثُّلُثِ

أطلق المعاوضة ليتناول البيع والشراء، والإجارة والقراض والمساقاة.

ابن عبد السلام: لكن يدخل تحته النكاح والخلع؛ لأنهما من عقود المعاوضة، وليس للمريض فعلهما، فلو قيدها، فقال: (في المعاوضة المالية) لكان أحسن.

خليل: ولعله اعتمد على ما قدمه في النكاح والطلاق.

(وَالْمُحَابَاةُ فِيهَا مِنَ الثُّلُثِ) مثاله: لو باع سلعة بعشرين وهي تساوي أربعين، فإنه يجعل العشرين المتروكة في الثلث، وظاهر قوله: (والمحاباة في الثلث) أن ما عدا المحاباة يمضي، ولو كان مما تطلب فيه المناجزة كالصرف وهو مذهب أصبغ خلافاً لسحنون والهاء في قوله: (**فِيهَا**) للمعاوضات.

وَالْمَخُوفُ مَا يَحْكُمُ الطِّبُّ بِأَنَّ الْهَلاكَ بِهِ كَثِيرٌ

مراده بالكثير أن يكون الموت من هذه الأشياء شهيراً لا يتعجب من حصول الموت معه، لا أنه يكون الغالب من حال ذلك المرض الموت منه، كما هو ظاهر كلام المازري، وهو الذي يدل عليه كلامهم في الفالج ونحوه، والمراد بالطب أهله.

كَالْحُمَّى الْحَادَّةِ وَالسُّلِّ وَالْقُولَنْجِ وَذَاتِ الْجَنْبِ وَالإِسْهَالِ بِالدَّمِ وَالْحَامِلِ تَبْلُغُ سِتَّةَ أَشْهُرٍ ....

هذه أمثلة للمرض المخوف. **(وَالْحُمَّى الْحَادَّةِ)**؛ أي الشديدة التي يكثر معها شرب الماء، **(السُّلِّ)** بكسر السين: سعال يابس، **(وَالْقُولَنْجِ)**: انقلاب المعدة حتى يتغوط من فيه.

وذات الجنب هي قرحة تصيب الإنسان داخل جنبه، واختلف: هل يحجر بمجرد دخول الحامل الشهر السادس أو حتى تكمله، ورأى المازري أنه لا يحكم لها في الستة ولا بعدها بحكم المريض؟ قال: وحكى بعضهم الإجماع على أنها في حالة الطلق كالمريض، فإن صح الإجماع، وإلا فمقتضى النظر أن لا يحكم لها بذلك؛ لأنه لو كان الموت عن هذا المرض غالباً لزم ألا تلد المرأة إلا مرة واحدة، والمعلوم خلافه، وهذا أيضاً يدل على أنه

اعتبر في المخوف كون الموت عنده أكثر، ابن القاسم: ويعلم بلوغها الستة بقولها، ولا يسأل عن ذلك النساء.

وَالْمَحْبُوسِ لِلْقَتْلِ أَوْ قَطْعِ يَدٍ أَوْ رِجْلٍ إِنْ خِيفَ عَلَيْهِ الْمَوْتُ

أي: لقتل وجب عليه ببينة عادلة أو اعتراف، وأما إذا ادعي عليه القتل فحبس ليستبرئ أمره فلا، وحكى ابن عبد البر الإجماع على أن من قدم للقتل في قصاص أو رجم كالمريض.

وقوله: (**أَوْ قَطْعِ يَدٍ أَوْ رِجْلٍ**) ظاهره أنه معطوف على ما تقدم، فيكون محبوساً لقطع يد أو رجل، وإنما ذكر في المدونة إذا قُرِّب لقطع يد أو رجل، ولا يلزم مما ذكره في المدونة ما ذكره المصنف؛ لأن الخوف فيمن قرب أكثر.

واعترضت هذه المسألة بأنه لو خيف عليه الموت بالقطع لم يقم عليه الحد، وأجاب بعضهم بأنه لم يقصد الكلام عليه، وإنما أجاب عن الفصل الذي سئل عنه، ولو سئل: هل يقام الحد على من هذا حاله؟ لقال: لا، وقيل: لعله مفروض فيمن كان من الحكام يرى قتله حينئذٍ صواباً ويجهل ذلك، وأجاب القابسي بأن الخوف طرأ بعد إقامة الحد، وهو إحالة للمسألة لوجهين:

أحدهما: أنه قال في السؤال: قرب لضرب الحد.

والثاني: قياس ابن القاسم لها على حاضر الزحف الصحيح، ولو كان كما قال لكان مريضاً لا يختلف في فعله، وأجاب ابن أبي زيد بأن الخوف إنما حدث منه أو أدركه من الجزع ما يدرك حاضر الزحف، فحكم له بحكمه، وهذا أشبه وأولى، ولو كان القطع لحرابة لم ينبغِ أن يلتفت إلى الخوف عليه وأقيم الحد عليه على كل حال، وإن أدى حده للقتل.

وَحَاضِرِ الزَّحْفِ

هكذا قال الباجي أنه لا يحكم له بحكم المريض إلا إذا كان في صف المقاتلين وجملتهم، وأما إذا كان في النظَّارة أو متوجهاً للقتال قبل وصول الصف فلا، ولم أرَ في صف الرد نصاً، وأرى ألا يثبت له هذا الحكم إلا بالكون في صف المقاتلة.

بِخِلافِ الْمُلَجِّجِ فِي الْبَحْرِ وَالنِّيلِ وَقْتَ الْهَوْلِ عَلَى الْمَشْهُورِ

القولان لمالك في المدونة، ففيها وراكب البحر والنيل حين الخوف والهول، قال مالك: أفعاله من رأس ماله، وروى عنه أنها من الثلث، ونص المسألة عند ابن يونس: فمن طلق زوجته وهو في سفينة أو في لجج البحر أو النيل أو الفرات أو بالدجلة أو بطائح البصرة، قال: قال مالك: إذا أصاب أهل البحر النوء والريح الشديد، فخافوا الغرق فأعتق أحدهم عبداً في تلك الحال فهو من رأس المال، ولا يشبه هذا الخوف، وقد روي عن مالك أن أمر راكب البحر في الثلث.

ابن المواز: والطلاق على نحوه هذا من الاختلاف، وقد علمت أن المراد بقول المصنف: (**وَقْتَ الْهَوْلِ**) وقت حصوله لا وقت زمانه.

وذكر في البيان في راكب البحر في الوصايا ثلاثة أقوال:

الأول: إجازة أفعاله على كل حال، قال: وهي رواية ابن القاسم عنه في المدونة.

والثاني: أن فعله لا يجوز على كل حال وهو ظاهر ما حكاه سحنون عن مالك في المدونة.

الثالث: الفرق بين حال الهول فيه وحال غير الهول، وهو دليل قول غير ابن القاسم في العتبية قال: وهو أشهر الأقوال وأولاها بالصواب؛ لأن راكب البحر حال الهول أخوف على نفسه من المريض.

ابن عبد السلام: واختلف فيمن جمحت به دابته، فظاهر قول مالك وأشهب وابن وهب أن حكمه كالمريض، وقال ابن القاسم: حكمه كالصحيح.

بِخِلافِ الْجَرَبِ، وَالضِّرْسِ، وَحُمَّى يَوْمٍ، وَحُمَّى الرُّبُعِ وَالرَّمَدِ، وَالْبَرَصِ، وَالْجُذَامِ، وَالْفَالِجِ ....

لأن الغالب على أصحاب هذه الأمراض السلامة، والموت منها نادر، وينبغي أن يرجع في هذا إلى ما يقوله ثقات الأطباء، فربما أزمنت حمى الربع وخيف منها الموت [٥٣٨/ أ]، ولهذا قال في المدونة: وأما المفلوج وصاحب حمى الربع والأجذم والأبرص وذوالقروح والجراح، فما أقعده وأضناه وبلغ فيه حد الخوف عليه فحكمه حكم المريض، وما لم يبلغ فيه ذلك فحكمه حكم الصحيح، وكأن المصنف إنما تكلم على هذه الأمراض بمجردها، من غير أن تُقعد وتُضني، والله أعلم.

وَيَحْجُرُ الزَّوْجُ فِيمَا زَادَ عَلَى ثُلُثِهَا بِهِبَةٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ غَيْرِهِ مِمَّا لَيْسَ بِمُعَاوَضَةٍ

هذا هو السبب السابع وخالفنا فيه أبو حنيفة والشافعي، ودليلنا ما رواه أبو داود والنسائي عن داود بن أبي هند وحبيب المعلِّم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**لا يحل لامرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها**».

وفي النسائي أيضاً عن حبيب المعلِّم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: لما فتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة قام خطيباً فقال في خطبته: «**لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها**» قال يحيى القطان: إذا روي عن عمرو بن شعيب فهو ثقة، وداود وحبيب ثقتان خرَّج لهما الأئمة، ولأن للزوج حقاً في التجمل بمالها، ولذلك تزوجها، فلو كان لها أن تتصرف فيه وتهب بغير إذنه لأضر ذلك به.

وقوله: (**فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ**)؛ يعني: وأما الثلث فما دونه فلا حجر عليها في ذلك، إما لأنها لما كانت محجوراً عليها لغيرها كانت كالمريض، فيكون من باب تخصيص الخبر بالقياس، وإما لما في الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم خطب يوم عيد وأتى النساء فقال: «**تصدقن**» فجعلن يتصدقن من حليهن يلقين في ثوب بلال من أقرطهن وخواتمهن.

فيجمع بين الحديثين بجواز اليسير دون الكثير، والثلث هو اليسير المأذون فيه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**الثلث والثلث كثير**» لا سيما وقد روى ابن حبيب أنه صلى الله عليه وسلم قال: «**لا يجوز لامرأة أن تعطي من مالها شيئاً له بال بغير إذن زوجها**»، وشمل الزوج العبد، وهو ظاهر المذهب، ورواه أشهب وابن نافع عن مالك، وقال ابن وهب في العتبية: العبد بخلاف الحر لزوجته الحرة أن تتصدق بجميع مالها. أصبغ: وليس بشيء وله من الحق ما للحر. محمد: ولولي السفيه أن يحجر على زوجته، ومفهوم كلام المصنف أنه لا يمنعها من الثلث فأقل، ولو قصدت به الضرر، وهو قول ابن القاسم وأصبغ في الواضحة، وقال مطرف وابن الماجشون وأشهب عن مالك: إذا تصدقت بالثلث فأقل على وجه الضرر بالزوج فله رده. واختاره ابن حبيب، وقيل: إن ضرت بالثلث رد لا بأقل.

قوله: (**أَوْ عِتْقٍ أَوْ غَيْرِهِ**) يدخل فيه التدبير، وهو قول ابن الماجشون، ولمالك في رواية ابن القاسم ومطرف أنه يمضي وإن زاد على الثلث، واختلف أيضاً إذا أعتقت ثلث عبد لا تملك غيره، فقال ابن القاسم وابن أبي حازم: ذلك ماضٍ، وقال ابن الماجشون: هو مردود.

واحترز (**بِمَا لَيْسَ بِمُعَاوَضَةَ**) من البيع والشراء ونحوهما فلا حجر عليها في ذلك، واختلف: هل لها أن تقرض كالبيع – وهو قول ابن دحون؛ لأنها تقتضيه – أم لا كهبتها، وهو قول ابن الشقاق؟ ومنع في المدونة كفالتها؛ أي في أكثر من الثلث، واحتج به من منع قرضها، وفرق بأن في القرض هي الطالبة وفي الحمالة هي المطلوبة.

وَهُوَ جَائِزٌ حَتَّى يَرُدَّهُ الزَّوْجُ، وَقِيلَ: مَرْدُودٌ إِنْ لَمْ يَتَقَدَّمْ إِذْنُهُ

ضمير **(هو)** عائد على **(ما)** في قوله: **(فِيمَا زَادَ)** والقول الأول هو قول ابن القاسم رواه عن مالك، وقاسه على عتق المديان وبه قال أصبغ، قال في المقدمات: وهو المعلوم من قول مالك وأصحابه. والقول الثاني لمطرف وابن الماجشون وفرق بينها وبين المديان بأن الغرماء لا يصح لهم رد إلا بثبوت الدين واغتراق الذمة بالبينة، وهذا زوج لا يكلف البينة.

ومن ثمرة هذا الخلاف ما قاله ابن رشد لو اختلف الزوجان فيما أعطته: هل هو الثلث أو أزيد؟ فمن جعل عطيتها على الرد قال: القول للزوج ومن جعل عطيتها على الإجازة قال: القول للمرأة.

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى تَأَيَّمَتْ مَضَى اتِّفَاقاً

يعني: فإن لم يعلم الزوج بعطيتها أكثر من الثلث حتى تأيمت الزوجة بطلاق الزوج أو بموته مضى ما أعطته، ولم يكن للزوج ولا لورثته مقال باتفاق، أما على القول بأن فعلها على الجواز حتى يرد فظاهر، وأما على الآخر فلأن الزوجية معتبرة شرطاً في الرد وقد فقدت، ورد ابن يونس قول مطرف وابن الماجشون إن فعلها على الرد بالاتفاق في هذه المسألة، قال: لأنه إذا كان على قولهما على الرد فينبغي إذا تأيمت أن يكون لها الرجوع فيه؛ لأنه لم يزل مردوداً. **ابن عبد السلام**: وظاهر كلام ابن حبيب وجود الخلاف في موت الزوج هل لورثته مقال؟ والخلاف موجود فيما إذا رد الزوج فعلها ولم يخرج من يدها حتى تأيمت.

وَحَتَّى مَاتَتْ: فَقَوْلانِ

أي: وإن لم يعلم الزوج بعطيتها حتى ماتت، فقال ابن القاسم: ذلك ماضٍ كتأيُّمها، وقال ابن حبيب: إذا لم يعلم الزوج بما فعلت من عتق وعطية حتى ماتت هي، أو لم يعلم

السيد بفعل العبد حتى مات، فذلك مردود لأن لهما الميراث، ولعل القولين مبنيان على أن فعلها هل هو على الإجازة أو على الرد؟

وَإِذَا تَبَرَّعَتْ بِمَا زَادَ فَلَهُ أَنْ يُجِيزَ الْجَمِيعَ أَوْ يَرُدَّهُ، وَقِيلَ: أَوْ يَرُدُّ مَا زَادَ خَاصَّةً كَالْمَرِيضِ، سِوَى الْعِتْقِ لأَنَّهُ لا يَتَبَعَّضُ ....

(**بِمَا زَادَ**) ظاهره قلَّت الزيادة أو كثرت، وهو قول ابن نافع وقال ابن القاسم في المدونة: إذا زاد كالدينار ونحوه نفذ الجميع.

قوله: (**أَوْ يَرُدَّهُ**)؛ أي الجميع، وهذا قول ابن القاسم في المدونة والقول بأنه لا يرد إذا زادت إلا ما زاد على الثلث هو للمغيرة، وشبه ذلك بالوصايا وبقوله [٥٣٨/ ب] قال ابن الماجشون وزاد فقال: وأما العبد فيعتق جميعه أو يرده؛ لئلا يعتق المالك للجميع بعض عبده بلا استتمام، ونقله ابن يونس عن مالك وابن القاسم وابن أبي حازم ومطرف وابن دينار والمغيرة وغيرهم.

وهذا هو قصد المصنف بقوله: (**سِوَى الْعِتْقِ**)؛ لأنه لا يتبعض. ابن راشد: وقال ابن القاسم: يعتق ثلثه فقط، وإن كره الزوج، ورواه عن مالك، وعلى هذا فقوله: (**سِوَى الْعِتْقِ**) ليس متفقاً عليه.

وقول المصنف في القول الثاني: (**وَقِيلَ: أَوْ يَرُدُّ**) صوابه إسقاط (**أَوْ**).

فإن قلت: فما الفرق على المشهور هنا في أن للزوج رد الجميع وبين المريض والموصي، فإنه لا يرد لهما إلا ما زاد على الثلث، **قيل**: لأن الأصل إبطال الجميع في الثلاث مسائل؛ لكونه وقع على وجه الممنوع، وأبطلناه في حق الزوجة؛ لأنها يمكنها استدراك غرضها بإنشاء الثلث ثانياً بخلاف المريض والموصي، فإنا لو أبطلنا الجميع لم يمكن استدراك الغرض بموت المعطي، والله أعلم.

وَلَيْسَ لَهَا بَعْدَ التَّبَرُّعِ بِالثُّلُثِ التَّبَرُّعُ بِبَقِيَّتِهِ إِلا فِي مَالٍ آخَرَ

ظاهره سواء كان بين التبرعين زمان قريب أو بعيد، وهو قول عبد الوهاب.

اللخمي: وهو أحسن. **ابن راشد**: وهو أصح. ووجهه المازري هاهنا بأنها لو أجيز لها بعد إخراج الثلث من هذا المال بعينه للزم أن تفنيه في كرَّات وهو خلاف المقصود، لكن فإن المعروف من المذهب أنه لا يمنعها مطلقاً، فقد قال ابن المواز: إذا تصدقت بثلث مالها ثم بثلث ما بقي، ويَبْعُدَ ما بين العطيتين تمضي الصدقتان، وحدَّه ابن سهل بالسنة فما فوقها، وفصل أصبغ فقال: إذا أعتقت رأساً ثم رأساً والزوج غائب ثم قدم، فإن كان بين ذلك ستة أشهر فكل واحد عتق مؤتنف ينظر فيه: هل يحمله الثلث أم لا؟ وإن كان بين ذلك اليوم واليومان فإن حمل جميعهم الثلث وإلا رد جميعهم، كعتقها لهم في كلمة وإن كان بين ذلك مثل الشهر والشهرين مضى الأول إن حمله الثلث ورد ما بعده، وإن حمله الثلث؛ لأن مخرجه للضرورة، ورده ابن يونس وغيره بأنه إذا كان مجموعهما الثلث فينبغي أن يجوز، كما لو كان بكلمة واحدة إلا أن يعلم أنها قصدت الضرر فيدخله الخلاف المتقدم.

ابن عبد السلام: الأقرب ما قاله المؤلف، لكن طرده يقتضي أنها لو تصدقت بسدس مالها أو بربعه، ثم أرادت بعد ذلك بزمان طويل أن تتصدق لم يكن لها إلا تمام الثلث إن لم يتزايد مالها.

* * *

الصُّلْحُ: مُعَاوَضَةٌ - كَالْبَيْعِ -، وَإِبْرَاءٌ، وَإِسْقَاطٌ

النووي: الصلح والإصلاح والمصالحة والاصطلاح: قطع المنازعة، وهو مأخوذ من صلح الشيء بفتح اللام أو ضمها إذا كمل، وهو خلاف الفساد، يقال: صالحته مصالحة وصِلاحاً بكسر الصاد، ذكره الجوهري وغيره، والصلح يذكر ويؤنث، وقد يقال: اصطلحا واصَّالحا وتصالحا، وروى الترمذي وحسنه أنه صلى الله عليه وسلم قال: «**الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً**».

وقوله: (**مُعَاوَضَةٌ... إلى آخره**) الظاهر أنه قصد بالإبراء والإسقاط شيئاً واحداً؛ لأنه كذلك في الجواهر والتلقين، ولأن المصنف إنما تعرض للكلام على الإبراء، فلو كان الإسقاط مبايناً له لتعرض له، ويحتمل أن يكون قسمه إلى ثلاثة أقسام، وهو الأليق باختصار المصنف، وإنه لا يذكر لفظة زائدة، وإلى هذا ذهب ابن عبد السلام وقال: المعاوضة أخذ ما يخالف الشيء المدعى فيه إما في الجنس أو الصفة، والإبراء إسقاط بعض ما في الذمة إذا كان المدعى فيه غير معين، والإسقاط وضع بعض المدعى فيه المعين، كدار أخذ بعضها، وقيل: استعمل الإسقاط للعيب والإبراء لترك البعض، وقال ابن راشد: والإبراء أعم من الإسقاط لوجوده مع عدم ثبوت الحق في الإبراء من التهم ومع ثبوته في الإبراء في الديون الثابتة، وأما الإسقاط فلا يكون إلا في الحقوق الثابتة. واعترضه ابن عبد السلام بأن المصنف لم يتعرض للإبراء من التهم فلا يحسن أن يقال: إن المصنف أراده وإن كان صحيحاً من جهة اللغة.

فَالصُّلْحُ عَنِ الدَّيْنِ كَبَيْعِ الدَّيْنِ، وَعَنِ الْبَعْضِ إِبْرَاءٌ عَنِ الْبَعْضِ، وَالْوَضِيعَةُ لازِمَةٌ

أي: إذا ادعى عليه ديناً فأقر به فصالحه عنه، فإن صالحه عن جميعه بعرض يأخذه منه فذلك كبيعه منه، فيشترط في الصلح ما يشترط في بيعه، وإن صالحه عنه بترك بعضه فهو إبراء عن البعض وما وضع عنه فهو لازم له؛ لأنها هبة مقبوضة، ويشترط فيها قبول الموهوب في حياة الواهب، وهل يكفي في ذلك قبول الموهوب له بعد موت الواهب؟ فيه قولان.

وَيُقَدَّرُ الدَّيْنُ وَالْمَقْبُوضُ كَالْعِوَضَيْنِ

أي: ويقدر الدين المدعى فيه والمقبوض عنه كالعوضين في البيع؛ أي كما لو باع الدين بعوض فما يجوز في البيع يجوز في الصلح، وما يمتنع يمتنع.

فَيُعْتَبَرُ: ضَعْ وَتَعَجَّلْ، وَحُطَّ الضَّمَانَ وَأَزِيدُكَ، وَبَيْعُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ

عطف بالفاء لأنه كالنتيجة عما قبله، و(**ضَعْ وَتَعَجَّلْ**) يكون في العين وغيرها، كما لو ادعى عليه بعشرة دراهم أو عشرة أثواب إلى شهر فأقر بذلك ثم صالحه على ثمانية نقداً.

(**وَحُطَّ الضَّمَانَ وَأَزِيدُكَ**) إنما يكون في غير العين، كما لو ادعى عليه بعشرة أثواب إلى شهر فصالحه على اثني عشر نقداً، وإن صالحه عنها بدنانير أو دراهم مؤجلة لم يجز؛ لأنه فسخ دين في دين، وهذا معنى قوله: (**وَبَيْعُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ**)، وكذلك يعتبر الصرف المؤخر كما لو صالحه عن [٥٣٩/ أ] دنانير مؤجلة بدراهم أو بالعكس، وكذلك يعتبر بيع الطعام قبل قبضه، فلا يجوز لمن ادعى بطعام من بيع أن يصالح عنه بغيره، وكذلك يشترط معرفة ما يصالح عنه، فإن كان مجهولاً لم يجز، ولذلك اشترط في المدونة في صلح الولد للزوجة على إرثها معرفتها بجميع التركة وحضور أصنافها وحضور من عليه العرض وإقراره وإلا لم يجز، وكأن المصنف نبه بالموانع الثلاثة على ما عداها.

وَأَمَّا الصُّلْحُ عَلَى تَرْكِ الْقِيَامِ بِالْعَيْبِ، فَابْنُ الْقَاسِمِ يَرَى أَنَّهُ مُبَايَعَةٌ بَعْدَ فَسْخِ الأُولَى فَيُعْتَبَرُ مَا يَحِلُّ وَيَحْرُمُ مِنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ، وَفَسْخِ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ، وَأَشْهَبُ يَرَى الْبَيْعَ الأَوَّلَ بَاقِياً، وَهَذَا عِوَضٌ عَنِ الإِسْقَاطِ فَيُعْتَبَرُ مَا يَحِلُّ وَيَحْرُمُ مِنْ سَلَفٍ جَرَّ مَنْفَعَةً، وَفَسْخِ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ ....

يعني: أن من اشترى سلعة ثم اطلع على عيب بها فقام به فأقر به البائع، أو قامت به بينة واصطلحا على شيء يدفعه له ويترك القيام بالعيب، فرأى ابن القاسم أن العقدة الأولى قد انحلت، وهذه إنشاء مبايعة أخرى، ورأى أشهب أن العقدة الأولى باقية، وما وقع به الصلح عوض عن القيام بالعيب.

ومنشأ الخلاف: من ملك أن يملك هل يعد مالكاً أم لا؟ وأحسن من هذا أن يقال كما قال المازري وابن شاس وغيرهما: إن من خُيِّر بين شيئين هل يعد مالكاً لما يختاره قبل اختياره أم لا؟ فإن المتمسك بهذا المغيب ملك أن يتمسك أو يرد، فهل يقدر أنه مالك للرد قبل اختياره فيكون الصلح عما ملك، أو لا يكون مالكاً إلا لما اختاره وهو التمسك؟ واختار جماعة قول أشهب؛ لأن القيام بالعيب لا يلزم فيه حل البيع.

اللخمي: وهو أقيس إذا قام بالعيب ولم يقل رددت، فإن قال: رددت، فالجواب على قول ابن القاسم، وقد نقل القصار عن مالك أن قول المشتري: رددت، فسخ للبيع وإن لم يحكم بذلك. ويظهر ما بناه المصنف على كل قول بالتمثيل.

فَمَنِ اشْتَرَى عَبْداً بِمِائَةٍ نَقْداً وَنَقَدَهَا فَصَالَحَ عَنْ عَيْبٍ بِمُعَجَّلٍ مِنْ ذَلِكَ النَّقْدِ أَوْ مِنَ الْعُرُوضِ جَازَ عِنْدَهُمَا ....

قوله: (**عَبْداً**) مثال وتبع في فرض المسألة المدونة، وقيدها في المدونة بما إذا كان العبد باقياً، وذكر للمسألة شرطين: أن يكون الشراء بالنقد، وأن يكون قد نقد الثمن، فإذا

صالحه بنقد أو عرض جاز عند ابن القاسم وأشهب، والجواز على قول أشهب واضح، وكذلك على قول ابن القاسم؛ لأنه لما انتقض البيع الأول وجب للمشتري عند البائع مائة، أخذ عوضاً عن تسعين منها عبداً واسترد عشرة، ولهذا كان من شرط الجواز أن تكون العشرة من سكة المائة.

وهو معنى قوله: (**مِنْ ذَلِكَ النَّقْدِ**) أما إذا كانت من سكة أخرى فيمتنع؛ لأنه بيع ذهب وعبد بذهب.

فَلَوْ صَالَحَ بِعَشَرَةٍ إِلَى شَهْرٍ مَنَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ؛ لأَنَّهُ بَيْعٌ وَسَلَفٌ؛ لأَنَّهُ اشْتَرَى حِينَئِذٍ الْعَبْدَ بِتِسْعِينَ وَأَخَّرَ الْعَشَرَةَ، وَجَوَّزَ أَشْهَبُ؛ لأَنَّهَا عَنِ الْعَيْبِ ....

منع ابن القاسم؛ لأنه لما انحلت العقدة الأولى وجب للمشتري في ذمة البائع مائة حالَّة اشترى بتسعين منها عبداً وأخره بعشرة، وذلك سلف فصار العقد مشتملاً على البيع والسلف، وجوز أشهب؛ لأن العقدة الأولى عنده منعقدة فصارت العشرة المؤخرة مأخوذة لأجل العيب، وليس فيها سلف.

فَلَوْ صَالَحَ قَبْلَ نَقْدِهَا عَلَى تِسْعِينَ وَيُؤَخِّرُ الْعَشَرَةَ إِلَى أَجَلٍ، انْعَكَسَ الْقَوْلانِ؛ لأَنَّهُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ: تَأْجِيلٌ لِبَيْعٍ مُسْتَأْنَفٍ، وَهُوَ جَائِزٌ، وَعِنْدَ أَشْهَبَ: أَخَّرَهُ بِالْعَشَرَةِ لِيَسْقُطَ الْعَيْبُ، فَهُوَ سَلَفٌ جَرَّ مَنْفَعَةً

أي: لو كانت المسألة بحالها: اشترى عبداً بمائة نقداً، لكن لم ينقد المشتري المائة حتى اطلع على العيب فصالحه البائع على أن يأخذ منه الآن تسعين ويؤخره بالعشرة الأولى إلى شهر مثلاً انعكس القولان؛ أي في الصورة لأن ابن القاسم منع في الأولى وأجاز أشهب وهنا بالعكس، وإلا فكل باقٍ على أصله، وإنما أجازه ابن القاسم؛ لأنه لما انحلت العقدة الأولى لم يبق للبائع في ذمة المشتري شيء ثم باعه العبد بيعاً ثانياً بمائة منها تسعون معجلة

ومنها عشرة مؤجلة، ولا مانع في ذلك، ومنع أشهب؛ لأن العقدة الأولى منعقدة فللبائع في ذمة المشتري مائة معجلة أخره منها بعشرة، وذلك سلف ليسقط عنه القيام بالعيب فيكون سلفاً جر منفعة، وهذا القدر كافٍ في تصوير كلام المصنف، وإلا فالمسألة يتصور فيها ست وثلاثون صورة، وبيان ذلك أنه إما أن يشتريه بدنانير أو بدراهم وينقدها، أو بدراهم ولا ينقدها أو بنقد مؤخر، وكل من هذه الثلاثة يتصور فيها اثنتا عشرة صورة، فيقال: إذا اشتراه بنقد ونقده فإما أن يصالح بدراهم أو بذهب أو بعرض فهذه ثلاثة، ثم كل منها ينقسم إلى قسمين: معجل ومؤجل، فهذه ستة، ثم للعبد حالتان: تارة يكون قائماً وتارة يكون فائتاً، وكذلك الكلام فيما إذا اشتراه بدراهم ولم ينقد، أو بدراهم مؤجلة.

ولعل المصنف استغنى عن ذكر هذه الأقسام، ورأى أن من فهم ما ذكره يمكنه فهم ما تركه، ولنترك نحن أيضاً الكلام عليها تبعاً له؛ لأن القصد الأهم حل كلامه.

وَيَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى ذَهَبٍ بِوَرِقٍ، وَبِالْعَكْسِ إِذَا كَانَا حَالَّيْنِ وَعُجِّلَ

هذه المسألة راجعة [٥٣٩/ ب] إلى صرف ما في الذمة، ومعنى كلامه أن من ادعى على رجل ذهباً فأقر به فإنه يجوز له أن يصالح عنه بورق معجَّل وبالعكس، ولا شك في اشتراط تعجيل العوض، وأما حلول ما في الذمة فهو جارٍ على المشهور من أن المعجَّل لما في الذمة يعد مسلَفا، وأما على الشاذ أن الذمة تبرأ فيجوز وإن كان مؤجلاً، وعلى قول أشهب بمنع صرف ما في الذمة تمتنع المصالحة هنا.

وَالصُّلْحُ عَلَى الإِنْكَارِ وَعَلَى الافْتِدَاءِ مِنَ الْيَمِينِ: جَائِزٌ حُكْمُهُ، وَلا يَحِلُّ لِلظَّالِمِ مِنْهُمَا ....

صورة الصلح على الإنكار أن يدعي عليه داراً أو عبداً أو غيرهما فينكره، ثم يصالحه على شيء، وصورة الافتداء من اليمين أن تتوجه اليمين على المدعى عليه فيفتدي منها

بمال، ثم ذكر المصنف أن الصلح على الأمرين جائز حكمه؛ أي جائز في ظاهر الحكم، ولا يحل للظالم فيما بينه وبين الله تعالى أن يأخذ ما لا يحل له، والمذهب جواز الصلح على الإنكار وهو مذهب أبي حنيفة وأحمد لعموم الحديث المتقدم خلافاً للشافعي وابن الجهم من أصحابنا.

فقول المصنف: (**جَائِزٌ**) خبر عن قوله: (**وَالصُّلْحُ**)، وهو واضح.

ابن هشام: وإن علم المدعى عليه ببراءته وطلبت منه اليمين فليحلف، ولا يصالح على شيء من ماله وإن صالح أثم من أربعة أوجه:

لأنه أذل نفسه، وقال عليه الصلاة والسلام: «**أذل الله من أذل نفسه**» . **الثاني**: أنه أطعمه ما لا يحل له. **الثالث**: أنه أضاع ماله، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن ذلك. **الرابع**: جرأه على غيره كما جرأه على نفسه.

ومراد المصنف أن الصلح على الإنكار جائز من حيث الجملة وإلا فلجوازه شروط، وقد أهملها المصنف، فشروطه عند مالك ثلاثة؛ وهي: أن يجوز على دعوى المدعي، وعلى إنكار المنكر، وعلى ظاهر الحكم، وابن القاسم يشترط الأولين فقط، وأصبغ يشترط شرطاً واحداً؛ وهو ألا تتفق دعواهما على فساد؛ فلو ادعي على رجل دراهم وطعام من بيع واعترف البائع بالطعام وأنكره الدراهم فصالحه على طعام مؤجل أكثر من طعامه، أو اعترف له بالدراهم فصالحه على دنانير مؤجلة أو دراهم أكثر من دراهمه، فحكى ابن رشد الاتفاق على فساده وفسخه لما في ذلك من السلف بزيادة، والصرف المؤخر، وإن ادعى عليه غيره عشرة دنانير فأنكره، فأراد أن يصالحه عنها بدراهم إلى أجل فهذا ممتنع على دعوى المدعي؛ إذ لا يحل له أن يأخذ في دنانير دراهم إلى أجل، وجائز على دعوى المدعى عليه؛ إذ إنما صالح عن يمين وجبت عليه فيمتنع ذلك عند مالك وابن القاسم؛ لأن من شرطه عندهما أن يجوز على دعواهما معاً، وهذا لا يجوز على دعوى المدعي.

وأجازه أصبغ؛ إذ لم تتفق دعواهما على فساد، وكذلك لو ادعى عليه عشرة أرادب من قرض فقال المدعى عليه: بل لك عندي خمسة من سلم، فأراد أن يصالحه على دراهم ونحوها معجلة، فهو جائز على دعوى المدعي؛ لأن طعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه، ولا يجوز على دعوى المدعى عليه؛ لأن طعام السلم لا يجوز بيعه قبل قبضه، فهذا أيضاً يجيزه أصبغ، ويمنعه مالك وابن القاسم، ولو ادعى عليه مائة درهم وأنكره فصالحه على خمسين إلى أجل، أو على تأخير جميعها فهذا جائز على دعوى كل منهما؛ لأن المدعي يقول: حططت وأخرت فأنا محسن، والمدعى عليه يقول: افتديت من يمين وجبت عليَّ، وظاهر الحكم أن فيه سلفاً جر منفعة فالسلف هو التأخير والمنفعة هي سقوط اليمين المنقلبة على المدعي بتقدير نكول المدعى عليه أو حلفه فيسقط جميع المال، فهذا ممنوع عند مالك لاشتراطه الجواز في ظاهر الحكم، وأجازه ابن القاسم؛ لأنه لم يعتبر هذا الشرط، ولا إشكال في جوازه على قول أصبغ.

ابن محرز: وإن وقع الصلح على السكوت من غير إقرار ولا إنكار فإنه يعتبر فيه حكم المعاوضة في الإقرار، ويعتبر فيه على مذهب مالك الوجوه الثلاثة التي بيناها في الإنكار.

اللخمي: واختلف في الصلح الحرام والمكروه إذا نزل، فقال مطرف في كتاب ابن حبيب: إذا كان الصلح حراماً صراحاً فسخ أبداً، فيرد إن كان قائماً والقيمة إن كان فائتاً، وإن كان من الأشياء المكروهة مضى، وقال ابن الماجشون: إن كان حراماً فسخ أبداً، وإن كان مكروهاً فسخ بحدثان وقوعه فإن طال أمره مضى، وقال أصبغ: يجوز حرامه ومكروهه وإن كان بحدثان وقوعه.

خليل: لعل المراد بالحرام الحرام المتفق على تحريمه وبالمكروه المختلف فيه.

فَلَوْ أَقَرَّ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ نَقْضُهُ لأَنَّهُ مَغْلُوبٌ؟

يعني: لو ادعى عليه بمال فأنكره فصالحه على بعضه أو خلاف، ثم ثبت الحق بعد الصلح فإما أن يثبت بإقرار أو ببينة، وبدأ المصنف بالأول وذكر أن للمدعي نقض الصلح؛ لأنه كان كالمجبور عليه، ودل قوله: (**فَلَهُ نَقْضُهُ**) على أن له إمضاءه، ونص سحنون على ذلك.

فَلَوْ ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ لَمْ يَعْلَمْ بِهَا، فَفِيهَا: لَهُ نَقْضُهُ، وَقِيلَ: لا

لعله نسب المسألة للمدونة ليبين أن المشهور أن له النقض، ووجهه أنه مغلوب كالأول، والقول بأنه ليس له النقض رواه مطرف عن مالك، والفرق بين هذه وبين التي قبلها على هذا أن المدعى عليه في الأول مقر على نفسه بالظلم، وهذا مقيم على الإنكار، وأيضاً فإن المدعي في الثانية مفرط لعدم تثبته.

فَإِنْ كَانَ عَالِماً بِهَا وَصَرَّحَ بِإِسْقَاطِهَا لَمْ يَقُمْ بِهَا

أي: وصرح حين المصالحة بأن لا يقوم بها، لم يقم به لإسقاطه حقه، وهكذا في المدونة، وقيدها المازري بأن تكون حاضرة حين الصلح ويكون قادراً على القيام بها.

فَإِنْ لَمْ يُصَرِّحْ، فَقَوْلانِ مُخَرَّجَانِ مِنَ الْمُسْتَحْلِفِ مَعَ عِلْمِهِ بِبَيِّنَةٍ

أي: فإن لم يصرح المدعي العالم بالبينة ففي ذلك قولان مخرجان على القولين فيمن استحلف خصمه وهو عالم بالبينة، ومذهب المدونة في المسألة عدم القبول، [٥٤٠/ أ] أما الأولى فقال مالك فيمن ادعى قبل رجل مالاً فأنكره فصالحه على شيء أخذه ثم وجد بينة أو أقر المطلوب: فإن كان الطالب عالماً بالبينة فلا قيام له، وإن كانت له بينة غائبة فخاف موته أو إعدام الغريم إلى قدومهم فلا حجة له بذلك، ولو شاء تربص، وذكر ابن يونس فيها قولين: فقال: وإذا صالح وهو عالم بالبينة قيل: ليس له القيام بها، وقيل: ذلك له.

وأما المسألة الثانية ففيها وإن استحلفه بعد علمه بالبينة تاركاً لها وهي حاضرة أو غائبة فلا حق له. **عياض**: والأكثر أن معنى تاركاً؛ أي: تاركاً للقيام بها مع علمه، وقال آخرون: مصرحاً بترك القيام، ونقل ابن يونس عن ابن نافع أنه روى عن مالك أنه إذا حلفه وبينته حاضرة وهو عالم بها فله القيام بها بعد ذلك، وقاله أشهب في غير كتاب، وذكر المازري أن بعض المتأخرين خرج الخلاف في الصلح على الخلاف في مسألة الاستحلاف كما أشار إليه المصنف.

خليل: وقد ذكرنا القولين منصوصين فلا حاجة إلى التخريج.

وَلَوْ كَانَتْ غَائِبَةً وَشَرَطَ الْقِيَامَ بِهَا فَلَهُ ذَلِكَ

وفي بعض النسخ عوض (**غَائِبَةً**) (**بعيدة**)، وكذلك هو في المازري، وهو الأظهر؛ لأن القريبة في حكم الحاضرة؛ يعني إذا صالح لتعذر بينته وشرط القيام بها، وحكى المصنف الاتفاق تبعاً للمازري، وكذلك قال ابن يونس. وقال ابن يونس: لا ينبغي أن يختلف فيه.

فإن قيل: يعارض هذا القول ما وقع لابن القاسم فيمن أخر من له دين عليه بشرط أنه متى ادعى القضاء لم يستحلفه، واصطلح على ذلك أن هذا الصلح لا يلزم، ومتى ادعى المديان القضاء كان له استحلاف الطالب، **وقيل**: لا؛ فالفرق أن اشتراط إسقاط اليمين خلاف ما يوجبه الشرع فلم يوفِ له بشرطه، وذكروا في المذهب أن الخصمين لو اصطلحا على إسقاط البينة أو على أن المدعى عليه إن نكل عن اليمين غرم الحق من غير أن يرد اليمين على المدعي أن ذلك ماضٍ، فعارض المازري بين هذا وبين ما قبله؛ لأن كون النكول يوجب الغرامة من غير رد اليمين على المدعي خلاف الشرع. وأجاب ابن عبد السلام بأن إسقاط اليمين يئول إلى سلف جر منفعة، فلا يلزم بل ولا يجوز ابتداء،

وأما الصلح على إسقاط البينة فهو على إسقاط حق آدمي بعد وجوبه، وأيضاً فإسقاط البينة بعد علمه بها وبما شهدت به دليل على خلل عقد التسليم بها في شهادتها، وأما الصلح على أن المدعى عليه يغرم بالنكول من غير رد يمين فهو موافق لمقتضى الشرع على أنه رأي الحنفية وغيرهم، فلا يبعد إمضاؤه كغيره من مسائل الخلاف إذا وقع، واختلف المذهب إذا شرط من باع بثمن مؤجل أنه مصدق في عدم قبض الثمن ما لم تقم للمشتري بينة، هل يوفى بالشرط أم لا، أو يوفى للأفاضل فقط؟ على ثلاثة أقوال، **المازري**: وهذا إنما يحسن النظر فيه إذا وقع الصلح على معاوضة، وأما إن لم تكن معاوضة والتزم المدعى عليه ألا يرد اليمين وأسقط حقه في ردها فإن هذا لا يختلف في جوازه؛ لأنه إسقاط حق على غير عوض.

وَإِنْ أَشْهَدَ سِرّاً - فَقَوْلانِ

هذان القولان ذكرهما ابن يونس وغيره، ومذهب سحنون القبول، وقد قال في المقر سراً: يقول: أخرني سنة وأنا أقر لك؛ ففعل فصالحه على ذلك، ثم أقام بينة أنه إن كان أشهد سراً: أني إنما أؤخره لأنه جحدني، ولا أجد بينة، وإن وجدتها قمت بها فذلك له إن أشهد بذلك قبل الصلح، وههنا ثماني مسائل: أربع متفق عليها وأربع مختلف فيها، فأما المتفق عليها:

فالأولى: إن كان له بينة غائبة وأشهد وأعلن.

والثانية: إذا صالح على الإنكار ثم أقر.

والثالثة: إذا صالح على الإنكار، وذكر ضياع صكه؛ أي وثيقته ثم وجده بعد الصلح، فهذه الثلاثة اتفق فيها على القبول.

والرابعة: إذا ضاع صكه فقال له الغريم: حقك حق فَأْتِ بالصك فامحه وخذ حقك، وقال: قد ضاع وأنا أصالحك. فيفعل ثم يجد ذكر الحق، فلا رجوع له باتفاق.

ابن يونس: والفرق بين هذه والتي قبلها أن غريمه في هذه معترف، وإنما طلبه بإحضار صكه ليمحوما فيه، فقد رضي هذا بإسقاطه واستعجال حقه، والأول منكر للحق، وقد أشهد أنه إنما صالحه لضياع حقه فهو كشاهده أنه إنما يصالح لغيبة بينته.

وأما الأربع المختلف فهي: إذا كانت بينته غائبة وأشهد سراً كما ذكرنا، **الثانية**: إذا صالح ولم يعلم ببينة ثم علم، والمشهور القبول كما تقدم، **والثالثة**: إذا صالح وهو عالم ببينته، وتقدم أن المشهور فيها عدم القبول، **والرابعة**: من يقر في السر ويجحد في العلانية فصالحه غريمه على أن يؤخره سنة، ولو شهد الطالب أنه إنما يؤخره لغيبة بينته، فإذا قدمت قام بها، فقيل: إن ذلك له إذا علم أنه كان يطلبه وهو يجحده، وقيل: ليس له ذلك.

خليل: وأفتى بعض أشياخ شيخي بأن ذلك له للضرورة، وهو قول سحنون، والآخر لمطرف، وهذه المسألة تسمى إيداع الشهادة، والله أعلم.

* * *

الحوالة: نَقْلُ الدَّيْنِ إِلَى ذِمَّةٍ تَبْرَأُ بِهَا الأُولَى

عياض وغيره: مأخوذة من التحول من شيء إلى شيء لأن الطالب تحول من طلبه لغريمه إلى غريم غريمه، وهي محمولة على الندب عند أكثر شيوخنا، وحملها بعضهم على الإباحة لما أشبهت بيع الدين بالدين، وعند أكثر مشايخنا مستثناة من الدين بالدين وبيع العين بالعين من غير يد بيد، كما خصت الشركة والتولية والإقالة من بيع الطعام قبل قبضه، وكما خصت العارية من بيع الطعام بالطعام نسيئة ومتفاضلاً، [٥٤٠/ ب] لما كان سبيل هذه التخصيصات المعروف، وذهب الباجي إلى أنها ليست حكمها حكم البيع، ولا هي من هذا الباب، بل هي عنده من باب النقد، وذهب أهل الظاهر إلى وجوب القبول في الحوالة، لما رواه مالك وغيره «**مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع**».

وأجيب بعد التسليم أن الأمر حقيقة في الوجوب لا الندب بأن هنا دليلاً يمنع من الوجوب؛ لأن صاحب الدين إنما عامل صاحب هذه الذمة: «**والمؤمنون عند شروطهم**» ولأن الحوالة مترددة بين البيع وفعل المعروف، وكلاهما غير واجب، ولأنه لو وجب لكان لكل من أحلت عليه أن يحيلك إلى ما لا نهاية له، أو يحيلك على مليء ظالم، والأول مؤد للضرر، والثاني مؤد إلى إبطال الحق.

وأجيب عن هذا الوجه بأن المحال يلزمه قبول الحوالة، ما لم يكثر ذلك فتخرج صورة الضرر بالدلائل الدالة على نفي الضرر، كقوله صلى الله عليه وسلم: «**لا ضرر ولا ضرار**» وقوله صلى الله عليه وسلم: «**فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع**».

عياض: الصواب فيه تسكين التاء، وبعض المحدثين والرواة يشددها، يقال: تبعت فلاناً فأنا أتبعه، ساكن التاء، ولا يقال: اتبعه بفتح التاء وتشديدها إلا من المشي خلفه.

فرع: وإذا مطل الغنى ردت شهادته عند أصبغ، وسحنون؛ لأنه ظالم لا عند محمد ابن عبد الحكم.

خليل: والظاهر أن من علم من صاحب الدين الاستحياء من المطالبة أن ذلك كالمطل، والله أعلم.

وقول المصنف: (**نَقْلُ الدَّيْنِ**) كقوله في التلقين: تحويل الحق عن ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى؛ لأن رسم القاضي أحسن، لأنه أبقى لفظ التحويل، وإذا أمكن في الحد إبقاء الألفاظ في معناها اللغوي كان أحسن؛ لأن الخروج عن مقتضى اللغة خلاف الأصل لأن قول القاضي: (الحق) أحسن أيضاً من قوله: (**الدَّيْنِ**)؛ لأن المتبادر من الدين ما قابل المنافع بخلاف لفظ الحق، فإنه يشمل المنافع وغيرها. واعترضه ابن راشد بأن النقل حقيقة في الأجسام مجاز في المعاني، والدين لم ينتقل، وإنما يأخذ مثله من ذمة أخرى.

وقول المصنف: (**نَقْلُ الدَّيْنِ إِلَى ذِمَّةٍ**) فيه حذف مضاف؛ أي من ذمة إلى ذمة.

وقوله: (**تَبْرَأُ بِهَا الأُولَى**) هو على جهة البيان، قاله ابن راشد. واعترض ابن عبد السلام قوله: (**تَبْرَأُ بِهَا الأُولَى**) لأن البراءة إنما هي مرتبة على الحوالة، لأنك تقول: برأت ذمة فلان من دينه لأنه أحالني على فلان، فلا يصلح أن يدخل ذلك في الحد لأن العلة غير المعلول.

خليل: ولعله احترز به من الحمالة، فإن فيها شغل ذمة أخرى بالحق ولا تبرأ به الأولى، قيل: وقوله: (**نَقْلُ الدَّيْنِ إِلَى ذِمَّةٍ**) أعم من أن يكون في الثانية دين أم لا، وإذا لم يكن في الذمة دين فإما أن تكون حوالة أم لا، فإن لم تكن فالتعريف غير مانع لصدقه عليها، وإن كانت حوالة بطل قوله في شروطها: (**ومنها أن يكون على المحال عليه دين**).

وَلَهُ شُرُوطٌ - مِنْهَا: رِضَا الْمُحِيلِ وَالْمُحَالِ دُونَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ

أي: لنقل الدين.

وفي بعض النسخ (ولها) فيعود على الحوالة، وحاصل ما ذكره المصنف أربعة شروط:

الأول: رضا المحيل والمحال ولا خلاف في اشتراط رضا المحيل؛ لأن الحق متعلق بذمته، فلا يجبر على أن يعطيه من ذمة أخرى، وأما رضا المحال فهو مبني على مذهب الجمهور في عدم وجوب قبول الحوالة، وأما على مذهب أهل الظاهر فلا؛ لوجوب ذلك عليه، وأما رضا المحال عليه فلا يشترط على المشهور، وحكى ابن شعبان قولاً باشتراط رضاه والأول أظهر للاتفاق أن لصاحب الحق أن يوكل من شاء على قبض دينه، وليس لمن عليه الدين كلام، وعلى المشهور فيشترط في ذلك السلامة من العداوة، قاله مالك. المازري: وإنما يعترض الإشكال لو استدان رجل من آخر ديناً ثم حدث بينهما عداوة بعد الاستدانة، هل يمنع من له الدين من اقتضاء دينه لئلا يبالغ في اقتضاء دينه ويؤذي عدوه، فيؤمر بأن يوكل غيره أو لا يمنع؛ لأنها ضرورة سبقت وقد وقعت المعاملة على أن صاحب الحق يقتضي دينه ؟ تردد فيها ابن القصار، وإشارته تقتضي الميل إلى أنه لا يمكن من الاقتضاء بنفسه، وعلى المشهور فهل يشترط حضور المحال عليه وإقراره كما في بيع الدين، وهو قول ابن القاسم أو لا وهو قول ابن الماجشون ؟

وللموثقين من الأندلسيين أيضاً القولان، وفي المتيطية عن مالك إجازة الحوالة مع الجهل بذمة المحال عليه، ولعل الخلاف منه على الخلاف الذي بين الشيوخ: هل الحوالة مستثناة من بيع الدين بالدين فيسلك بها مسلك البيوع أو هي أصل بنفسها؟

وَمِنْهَا: أَنْ يَكُونَ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ الدَّيْنُ لِلْمُحِيلِ

لأن حقيقة الحوالة تقتضي أن تكون على دين، لأنها نقل دين من ذمة إلى ذمة.

الباجي: فإن لم يكن على المحال عليه دين فهي حمالة عند جميع أصحابنا، كانت بلفظ الحمالة أو الحوالة، إلا ما قاله ابن الماجشون أنها إذا كانت بلفظ الحوالة تكون حوالة، الباجي: ويلزمه على قوله أن يعتبر رضا المحال عليه. ويقع في بعض النسخ التنبيه على هذا القول بزيادة (على المشهور) بعد الكلام المتقدم.

فَلَوْ أَحَالَهُ عَلَى مَنْ لا دَيْنَ لَهُ عَلَيْهِ فَعدِمَ رَجَعَ إِلا أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهُ لا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِ وَيَشْتَرِطَ الْبَرَاءَةَ فَلا رُجُوعَ لَهُ ....

هذا تفريع على المشهور، فلو أحاله على غير أصل دين رجع المحال على المحيل إلا أن يعلم المحال أن المحيل لا شيء له على المحال عليه، واشترط المحيل على المحال البراءة، وهكذا قال ابن القاسم في المدونة، وحصل ابن زرقون فيها خمسة أقوال:

الأول؛ لابن القاسم، لا رجوع له على المحيل. **الثاني**: رواية ابن وهب في المدونة لا رجوع له إلا في الموت [٥٤١/ أ] والفلس. **الثالث**: رواية مطرف بالخيار، وهو مثل رواية عيسى عن ابن القاسم. **الرابع**: قول أشهب وابن الماجشون: الشرط باطل وهي حمالة لا يطالبه إلا في غيبة المحيل أو عدمه حتى يسمي الحوالة. **والخامس**: لمالك وابن القاسم أن الشرط لا ينفعه إلا في ذي سلطان أو سيئ القضاء، هذا إذا اشترط البراءة.

وإن لم يشترطها ولكنه شرط أن يتبع أيهما شاء فثلاثة أقوال:

الأول: لابن القاسم له شرطه.

الثاني: أنه أيضاً لا ينتفع المشترط إلا لمعنى، مثل أن يكون الغريم ذا سلطان أو سيئ القضاء.

الثالث: لمالك من رواية أشهب، وبه قال أشهب وابن الماجشون: الشرط باطل وهي حمالة لا يطالب إلا في غيبة الغريم أو عدمه.

تنبيهات:

الأول: قول ابن زرقون الثاني: رواية ابن وهب في المدونة؛ يدل على أنه حمل رواية ابن وهب على الخلاف، وأن مذهب ابن القاسم عدم الرجوع مطلقاً ولو فلس أو مات، وهو تأويل سحنون وابن رشد وتأوله أبو محمد على الوفاق، وحمل قول ابن القاسم: لا رجوع له على المحيل على ما إذا لم يمت المحال عليه أو فلس وجمع بينهما أيضاً أبو عمران، قال: لأن في جواب ابن القاسم اشتراط البراءة، وليس ذلك في رواية ابن وهب، قال: فابن القاسم يوافق رواية ابن وهب، وابن وهب يوافق قول ابن القاسم.

الثاني: قال التونسي وابن يونس وغيرهما: وقع في المدونة لفظان في الحوالة على أصل دين، فمرة جعل ذلك حمالة يبدأ بالذي عليه الدين فإن لم يوجد عنده شيء رجع على الذي تحول عليه، ومرة يبدأ بالمحال عليه فإن فلس رجع على المحيل.

الثالث: ابن عبد السلام: وقع في بعض النسخ بإثر قول المصنف: (**فَلا رُجُوعَ**) ما نصه على القولين وليست بصحيحة لوجهين:

أما **أولاً**: فلأنه لم يقع في المسألة خلاف، وأما **ثانياً**: فلأن هذه النسخة تشعر بأن المسألة متفق عليها، وفيها خمسة أقوال كما تقدم.

خليل: وقد يقال: لا نسلم قوله على القولين يشعر باتفاق.

وقد ذكرنا أنه وقع في بعض النسخ زيادة (على المشهور) فتصح هذه النسخة عليها.

وَمِنْهَا: أَنْ يَكُونَ الدَّيْنُ حَالاً، وَلا يُشْتَرَطُ حُلُولُ مَا على الْمُحَالِ عَلَيْهِ

هذا هو الشرط الثالث: أن يكون الدين أي المحال به حالاً، واستقرأه غير واحد من قوله عليه الصلاة والسلام: «**مطل الغني ظلم**»؛ فإن المطل لا يكون إلا بالحال، والحوالة رخصة فيقتصر بها على موردها، ولا يشترط حلول ما على المحال عليه، لأنه إذا احتال على من لم يحل كان ذلك زيادة في المعروف.

إِلا أَنَّ ابْنَ الْقَاسِمِ اشْتَرَطَهُ فِي نُجُومِ الْكِتَابَةِ

ظاهر كلامه أن الاستثناء عائد على الجملة الأخيرة، وهي قوله: (**وَلا يُشْتَرَطُ حُلُولُ مَا على الْمُحَالِ عَلَيْهِ**). **ابن عبد السلام**: ويحتمل أن يعود عليها وعلى التي قبلها، ويكون الضمير في (**اشْتَرَطَهُ**) عائد على مطلق الدين الذي هو قدر مشترك بين الدين المحال به والمحال عليه، ويعضد هذا أنه في الجواهر ذكر الخلاف فيهما، ونصه: وتجوز الحوالة على نجوم الكتابة إن كانت الكتابة حالة، ولم يشترط غير ابن القاسم حلولها وكذلك الحوالة بالنجوم، واشترط ابن القاسم حلولها أيضاً، ولم يشترطه غيره انتهى.

ولكن اعترض ما حكاه ابن شاس والمصنف في الكتابة المحال عليها، وأما الكتابة المحال بها فاشترط ابن القاسم في المدونة حلولها، قال: وإلا فهي فسخ دين في دين، وقاس ذلك ابن القاسم على ما سمعه من مالك من منع بيع كتابة المكاتب لأجنبي بما لا يجوز قاله في المدونة، وقال غيره: يجوز ويعتق مكانه، لأن ما على المكاتب ليس ديناً ثابتاً، وهو كمن قال لعبده: إن جئتني بمائة دينار فأنت حر، ثم قال: إن جئتني بألف درهم فأنت حر واشترط ابن القاسم الحلول لما تقدم أن من شرط الدين المحال به الحلول، ورأي الغير أن ذلك ليس ديناً ثابتاً كالديون، وإلى ذلك أشار الغير بالتشبيه بقوله: وهو كمن قال لعبده...الخ، وعارض الأشياخ تشبيه ابن القاسم هذه المسألة بما حكاه عن

مالك من منع الأجنبي أن يشتري كتابه مكاتب بما لا يجوز، فإن الحوالة أمر بين السيد وبين مكاتبه أسقط عنه الكتابة، واعتاض ماله في ذمة الأجنبي، فلم تقع بين السيد وبين الأجنبي مبايعة، وأما بيع الكتابة من أجنبي فهي مبايعة بينه وبين الأجنبي لا بينه وبين مكاتبه، وهذا مفترق، ولهذا اختار سحنون وابن يونس وغيرهما قول الغير هنا، وحكى عبد الحق عن بعض شيوخه أنه يختلف ابن القاسم وغيره إذا سكتا عن شرط تعجيل العتق وعن بقائه مكاتباً، فقال ابن القاسم: يفسخ ما لم يفت بالأداء، وعند غيره يحكم بتعجيل العتق، وأما لو أحال بشرط تعجيل العتق فلا يختلفان في الجواز ولا في عدمه بشرط عدمه.

وأما كتابة المحال عليها فلا يشترط ابن القاسم ولا غيره فيها الحلول ولا يعرف فيها من قال به، ونصها في المدونة. **ابن القاسم**: وإن أحالك مكاتب بالكتابة على مكاتب له وله عليه مقدار ما على الأعلى فلا يجوز لك إلا أن تبتل أنت عتق الأعلى فيجوز. ابن يونس: يريد وإن لم تحل كتابة الأعلى فيجوز بشرط تعجيل العتق، كما لا تجوز الحمالة بالكتابة إلا على شرط تعجيل العتق، قال في المدونة: ثم إن عجز الأسفل كان ذلك رقاً، ولا ترجع على المكاتب الأعلى بشيء، لأن الحوالة كالبيع، وقد تمت حرمته، هذا كله بشرط أن يكون المحال السيد لا الأجنبي.

التونسي: والمكاتب جائز له أن يحيل لسيده بما حل من كتابته [١٤٥/ ب] على ما لم يحل، وإن كان المحال أجنبياً لم يجز. قال: وهي لو حلت لم تجز للأجنبي، لأن الحوالة إنما أجيزت في الأجنبي إذا أحيل على مثل الدين، وههنا قد يعجز المكاتب المحال عليه، فتصير الحوالة قد وقعت على جنس غير الدين، كما لو كان على رجل دين لأجنبي فأراد أن يحيله بذلك على مكاتبه ما جاز ذلك، لأنه قد يعجز فتصير الحوالة قد خالفت ما رخص فيه منها، وهو أن يكون المحال عليه من جنس المحال به.

فإن قيل: فأنتم تجيزون بيع الكتابة مع إمكان أن يشتري كتابته تارة ورقبته أخرى، قيل: أصل الحوالة رخصة، لأنها مستثناة من بيع الدين بالدين، فلا يتعدى بها ما خفف منها انتهى.

والاعتراض علي ابن شاس أقوى منه على المصنف، لأن ابن شاس صرح بالخلاف فيها.

فإن قلت: لا يلزم من عدم الاطلاع على الخلاف ألا يكون، قيل: قال ابن عبد السلام: إنما أنكرنا على المصنف وابن شاس ذكر الخلاف بعد طول البحث عنه في مظانه ولم نجده مع الاستعانة في ذلك بمن يظن حفظه، **فإن قلت**: لم لا تجعل الاستثناء في قوله: (**إِلا أَنَّ ابْنَ الْقَاسِمِ اشْتَرَطَهُ فِي نُجُومِ الْكِتَابَةِ**) راجعاً إلى الجملة الأولى ليوافق المنقول، ولا يكون حينئذ على كلام المصنف اعتراض. **قيل**: لم يقل أحد بعوده إلى الجملة الأولى فقط، وإنما اختلف هل يعود للأخيرة فقط، أو للجميع؟ نعم، قد يعود إلى الأولى بقرينة، ولا قرينة.

تنبيه: عارض الأشياخ اشتراطه في المسألة الثانية في الجواز أن يعجل عتق الأعلى وقالوا: لا معنى لهذا الشرط، ورأوا أن لفظ الحوالة كاف في ذلك، لأنها تستلزم براءة ذمة المحيل بنفس عقد الحوالة. المازري: وعندي أن هذا الشرط ليس ملغى، والقدر فيه عندي أن السيد إذا أحيل على كتابة مكاتب لمكاتبه فإنه لم يتعجل قبض الكتابة، فيكون ذلك كما لو قبض من مكاتبه جميع الكتابة، فيكون حراً بقبض جميعها، وهذه هنا لم يقبض، فيمكن أن يكون القصد بها أن يوقف العتق حتى يعلم ما يحصل للسيد الأعلى أو يقصدان بذلك أن يتهادى السيد الأعلى على نجوم كتابة الأسفل، وإن عجز قام له المكاتب الأعلى ببقية الكتابة التي كانت له عليه ولو قصد ذلك لكان ذلك ممنوعاً في أحد القولين، لأن المعاوضة التي لا تجوز بين الأجنبيين يسامح بها بين المكاتب وسيده إذا اشترطا تعجيل العتق، لكون السادات يندبون إلى عتق عبيدهم، ولهم أن يعتقوا بغير

عوض، وندبوا أيضاً إلى أن يضعوا شيئاً من آخر الكتابة استعجالاً للعتق، وإن فعلوا ذلك من غير اشتراط العتق أجروا مجرى الأجانب في التعاوض، هذا أحد القولين: وقيل بالجواز وإن لم يشترط تعجيل العتق التفاتاً إلى أن ما يأخذه السيد وما سلمه كأنه في حكم ملكه.

وَمِنْهَا: أَنْ يَكُونَا مُتَجَانِسَيْنِ، وَلا يَفْتَقِرُ إِلَى الرِّضَا لَوْ أُعْطِيَهُ فَيَجُوزُ بِالأَعْلَى عَلَى الأَدْنَى ....

هذا هو الشرط الرابع: (**مُتَجَانِسَيْنِ**) كذهب وذهب وفضة بفضة، فلا تجوز الإحالة بذهب على فضة ولا بالعكس.

(**وَلا يَفْتَقِرُ إِلَى الرِّضَا لَوْ أُعْطِيَهُ**) فيكونان متماثلين في القدر والصفة، هذا ظاهر كلامه، لكن قوله بإثره: (**فَيَجُوزُ بِالأَعْلَى عَنِ الأَدْنَى**) يدل على أنه إنما أراد السلامة من السلف بزيادة، وقد صرح بالجواز فيما إذا تحول من الأعلى عن الأدنى، ولا شك أن إعطاءه الأدنى عن الأعلى مفتقر إلى الرضا، وتقدير كلامه: فيجوز أن يحتال بالأعلى عن الأدنى، كما لو كان له فضة محمدية، فأحيل على يزيدية.

وفي بعض النسخ (**على**) موضع (**عن**)، وقد وقع ذلك في كلام العرب، ولا يصح أن تكون (عن) باقية على معناها؛ لأنه يكون المعنى حينئذٍ: فيجوز أخذ الأعلى عن الأدنى، وذلك لا يجوز، صرح بذلك غير واحد، ومقتضى كلامه: إذا أعطى من له أدنى على أنه يجبر على قبوله، وهو مثل ماله في السلم، وقد نبهنا هناك على أن ظاهر المذهب خلافه، وما ذكره المصنف من جواز التحول بالأعلى عن الأدنى موافق للّخمي والمازري وابن شاس، ووجهه أنه أقوى في المعروف، فكان جوازه أجدر، كما لو احتال بدين حالٍّ على من لم يحل، وفي المقدمات والتنبيهات: اشتراط أن يكون الدين الذي تحول به مثل الذي تحول عليه في القدر والصفة لا أقل ولا أكثر، ولا أدنى، ولا أفضل؛ لأنه إذا كان

أقل أو أكثر أو مخالفاً في الجنس والصفة لم تكن حوالة وكان بيعاً على وجه المكايسة، وحيث حكم بالمنع في هذا الفصل فإنما ذلك إذا لم يقع التقابض في الحال، وأما لو قبضه لجاز، ففي المدونة: إذا اختلفا في الصنف أو في الجودة والنصف واحد، وهما طعام أو عين أو عرض من بيع أو قرض أو أحدهما من بيع والآخر من قرض فلا تصح الحوالة وإن حلاً.

محمد: إلا أن يقبضه قبل أن يفترقا فيجوز إلا في الطعام من بيع فلا يصح أن يقبضه إلا صاحبه، قال: وكذلك إن كان أحدهما ذهباً والآخر ورقاً فلا يحيله به، وإن حلاَّ، إلا أن يقبضه مكانه قبل افتراق الثلاث وقبل طول المجلس، وهذا مما يؤيد ما قاله ابن رشد والقاضي.

وقوله: (**لا يَفْتَقِرُ إِلَى الرِّضَا**) يحتمل أن يبنى للفاعل، وضمير الفاعل فيه عائد على المحيل، وضمير المفعول في (**أُعْطِيَهُ**) عائد على ما في ذمة المحال عليه؛ أي لا يتوقف على رضا المحيل لو أعطي ما في ذمة المحال عليه؛ أي لا يتوقف على رضا المحيل لو أعطى ما في ذمة المحال عليه، ولا يجوز أن يعود على [٥٤٢/ أ] المحال؛ لأنه يلزم منه أن المحال إذا أعطيه الأعلى جاز، وليس كذلك، ويحتمل أن يكون مبنياً للمفعول، ويكون مفعوله عائداً على ما فهم من الكلام وهو الدين، وضمير (**أُعْطِيَهُ**) عائد على الدين المحال به؛ أي لا يفتقر إلى الرضا في أخذ الدين المحال به لو أعطيه من له دين.

تنبيه: زاد صاحب المقدمات وصاحب التنبيهات شرطاً آخر، وهو ألا يكون الدينان طعاماً من سلم، سواء حلا أو لم يحلا؛ لئلا يدخلا بيع طعام قبل قبضه، وسواء كان الطعامان متفقين أم لا، استوت رءوس الأموال أم لا. وأجاز أشهب إذا اتفقت رءوس الأموال واتفق الطعامان تشبيهاً بالتولية، فإن كان الطعامان من قرض جاز، وإن كان أحدهما من بيع والآخر من قرض جازت الحوالة عند ابن القاسم بشرط حلول الطعامين معاً، وحكى ابن حبيب عن مالك وأصحابه إلا ابن القاسم جواز الحوالة بشرط حلول المحال به خاصة.

فَلَوْ أُفْلِسَ أَوْ جُحِدَ فَعَلَى الْمُحَالِ إِلا أَنْ يَكُونَ الْمُحِيلُ عَالِماً بِالإِفْلاسِ دُونَهُ

يعني: فلو أفلس المحال عليه أو جحد الحق بعد تمام الحوالة فالمصيبة على المحال، ولا رجوع له على المحيل لحصول البراءة، إلا أن يكون المحيل عالماً بإفلاس المحال عليه دونه؛ أي دون المحال، فللمحال حينئذٍ الرجوع على المحيل؛ لأنه غرَّه.

وقوله: (**يعلم دونه**) هو ظاهر إذا كان المحال عليه ظاهر الملاء، وأما لو شك المحال في ملائه، وكان المحيل عالماً بالإفلاس.

المازري: الأظهر عندي أن يكون له الرجوع كالأول، ومسألة الفلس صحيحة في المدونة وغيرها، وقيدها المغيرة فقال: إلا أن يشترط المحال الرجوع على المحيل إذا فلس المحال عليه، فيمكن من شرطه، وأما مسألة الجحود فتبع المصنف فيها ابن شاس، وذكر المازري أنه لا يعلم لمالك فيها نصاً، لكنه أشار في تعليل المذهب إلى مثل ما قاله المصنف؛ لأنه قال: وما يشير إليه من أن الحوالة كالقبض يصحح أن الجحود لا يوجب الرجوع على المحيل، وكذلك قال بعض أشياخه: إن الجحود لا يوجب الرجوع على المحيل؛ لأن المحال فرط إذ لم يشهد وعلى هذا عوَّل ابن شاس والمصنف، والله أعلم.

وتردد التونسي في هذه المسألة، واختار عدم الرجوع إذا كانت الحوالة على حاضر مقر بالدين، والرجوع إذا كان غائباً، فقال: انظر لو أحاله ثم أنكر المحال عليه أن يكون عليه دين هل يكون ذلك عيباً في الحوالة لقول المحال: لو علمت أنه ليس عليه بينة ما قبلت الحوالة. أو يقال: أنت مفرط حين أحالك عليه، وهو حاضر مقر ولم تشهد عليه، وهذا هو الأظهر، ولكن لو لم يحضر فقبل الحوالة، فلما حضر أنكر لا ينبغي أن يكون للمحال في ذلك حجة.

المازري: وعندي أن النظر يقتضي فيما قاله تفصيلاً، فإن كان الغالب في الديون الإشهاد عليها وترك ذلك نادر، وقال المحال حين جحود المحال عليه: إنما لم أشهد ليقيني بأن المحيل قد كان أشهد عليه على ما تقتضيه العادة، فلما كتمني أنه لم يشهد عليه صار ذلك كالتغرير منه فوجب لي الرجوع عليه، كما لو علم بفقر المحال عليه فكتمه، وأما إطلاقه القول بأن الحوالة إذا كانت على غائب أن يرجع فصحيح، بشرط أن يكون المحال لم يصدق المحيل في كونه يستحق ديناً على الغائب، وأما لو صدقه في ذلك وقبل الحوالة وهو يعلم ألا بينة على الغائب، فهذا مما ينظر فيه.

وقد اختلف المذهب الاختلاف المشهور في رجل أتى لمن عنده وديعة لإنسان فقال: أرسلني من أودعكها لإقباضها، فصدقه فيما ذكر ودفعها له، ثم قدم صاحب الوديعة وأنكر الإرسال، وحكم على دافعها بغرامتها؛ هل له أن يستردها ممن قبضها ويكون إنما صدقه بشرط أن يأتي صاحب الوديعة ويصدقه فيسترد منه ما أعطاه، أو يكون تصديقه له يمنع من الرجوع على الرسول لاعتقاده أن صاحب الوديعة ظلمه في طلبه بالغرامة وقد أخذها منه ؟ وهذا يلاحظ ما نحن فيه من اعتبار كون المحال إنما صدق المحيل بشرط أن يأتي الغائب فيقر بالدين أو صدقه على الإطلاق، واعتقد أنه لم يكذب. انتهى.

ويقع في بعض النسخ عوض (**جحد**) (**حجر**) من الحجر، لكن الظاهر هي النسخة الأولى؛ لأنه يستغنى عن الحجر بالفلس، ونقل المازري وغير واحد أنه لا يلزم المحال عند ذلك الكشف عن ذمة المحال عليه هل هو غني أو فقير، بخلاف شراء الدين فإنه لا يجوز إلا بعد أن يكون من عليه الدين حاضراً مقراً يعرف غناه من عدمه، وفرق المازري بينهما بأن الدين المشترى يختلف مقدار عوضه باختلاف حال المديان من فقير أو غني، والمبيع لا يصح أن يكون مجهولاً فإذا لم يعلم حال المديان صار مشترياً بالمجهول، والحوالة ليست ببيع على أحد الطريقين عندنا؛ بل طريقها المعروف.

وعورض ما ذكره المصنف وهو المذهب من أن علم المحيل بإفلاس المحال عليه يوجب للمحال الرجوع إلى ذمة المحيل إن كان غره بها في كتاب المساقاة من المدونة: أن من باع بثمن إلى أجل والمشتري مفلس ولم يعلم البائع بذلك فقد لزمه البيع ولا مقال له. وفرق التونسي والمازري بينهما بأن البياعات تتكرر كثيراً لشدة الحاجة إليها وعدم الغنى عنها، فصار الكشف عن ذمة المشتري مما يشق، فلو لم يجز البيع للبائع إلا بعد الكشف عن ذمة المشتري والبحث عنها لتوقف أكثر البياعات بخلاف الحوالة فإنها لا تتكرر، فلا يعسر الكشف عن ذمة المحال عليه، وزاد المازري فرقاً آخر وهو أن البائع يدفع للمشتري سلعة تقارب الثمن الذي يحل في ذمته فاستغنى بذلك عن الكشف بخلاف الحوالة.

ابن عبد السلام: وأشبه [٥٤٢/ ب] ما قيل في الفرق أن الحوالة بيع ذمة بذمة، وفلس الذمة عيب فيها فيوجب أن يثبت الخيار للمحال بسبب ظهوره على ذلك العيب، والعوض في مسألة المدونة المذكورة إنما هو الدين لا الذمة، قال: وهو ضعيف من وجهين: **أحدهما**: لا معنى لكونه الذمة هي العوض في الحوالة إلا أن الدين تعلق بها، وهذا مثله في مسألة المدونة قطعاً.

الثاني: سلمنا أن فلس الذمة عيب في الحوالة، لكن العيوب لا يشترط في القيام بها علم البائع وتدليسه؛ بل لمن اطلع على العيب القيام به، سواء علم به البائع أم لا.

وهكذا اعترض غير واحد هذه المسألة بأن فلس المحال عليه حين الحوالة إما أن يكون عيباً أم لا؛ فالأول: أن يكون للمحال الرجوع على المحيل سواء علم المحيل بفلس المحال عليه أم لا كغيره من العيوب، **والثاني**: لا يكون له الرجوع مطلقاً.

وأجيب بأنه عيب مع علم المحيل لغرره، وأجاب عبد الحق بأن البيع مبني على المكايسة، فغلظ على البائع فيه، والحوالة طريقها المعروف فسهل على المحيل إلا أن يغر. وأجاب الباجي بأن العيب في السلعة عيب في نفس العوض، وفلس المحال عليه عيب في محل العوض لا في نفسه، وبأن الحوالة بمنزلة بيع البراءة فلا يرجع إلا بما علمه البائع،

وبأن الذمم مما يخفى ظاهرها فصارت كالمبيع الذي لا يعلم باطنه فلا يرد إلا أن يعلم أن البائع دلس بعيب.

فرع:

فإن جهل أمر المحيل هل علم بفلس المحال عليه أم لا ؟ فقال مالك: ينظر في ذلك، فإن كان يتهم أحلف. **الباجي**: أي يكون ممن يظن به أنه يرضى بمثل هذا حلف.

فَلَوْ أَحَالَ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ ثُمَّ رَدَّ بِعَيْبٍ أَوِ اسْتُحِقَّ انْفَسَخَتِ الْحَوَالَةُ عِنْدَ أَشْهَبَ، وَاخْتَارَهُ الأَئِمَّةُ، وَمَضَتْ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى بَائِعِهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهَا كَالْمَعْرُوفِ أَوْ كَالْبَيْعِ ....

يعني: فلو باع رجل سلعة من رجل، ثم أحال البائع على ثمنها من له عنده دين، ثم استحق المبيع من يد المشتري أو رد بعيب، فلأشهب في الموازية: تنفسخ الحوالة، واختاره محمد وأكثر المتأخرين. محمد: وبه قال أصحاب مالك كلهم، وهذا معنى قوله: (**وَاخْتَارَهُ الأَئِمَّةُ**). وقاسه محمد على ما اتفق عليه أصحاب مالك من أن المفلس إذا بيع متاعه في دين وجب عليه، وأخذ ذلك غرماؤه ثم استحق المبيع فإن المشتري يرجع الثمن على من قبضه، ورده المازري بأن الغرماء لهم الدين كأنهم باعوا بأنفسهم، فعليهم أن يردوا الثمن إذا استحق المشتري منه، ومسألة الحوالة وقعت فيها يد ثالثة؛ وهي يد المحال، فصار ذلك كفوت الثمن، وقال ابن القاسم: وهو المنقول عن مالك: تمضي الحوالة.

قوله: (**وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي**) هو من تمام قول ابن القاسم: إذا قلنا بإمضاء الحوالة فإن المشتري يدفع الثمن للمحال، ثم يرجع به على البائع بناء على أن الحوالة هل هي كالبيع، أو إنما طريقها الإرفاق والمعروف؟ وقول أشهب مبني على أن الحوالة كالمعروف والصدقة فينتقض بانتقاض ما بنيت عليه، كما إذا تصدق البائع بثمن سلعة أو وهبه، ثم استحقت السلعة فإن الهبة والصدقة تبطل إذا لم يقبضها على قول أشهب والمعروف من

قول ابن القاسم، وسيأتي آخر المسألة ما في ذلك، وقول ابن القاسم مبني على أن الحوالة كالبيع؛ أي كبيع وقع بعد بيع، فيكون بمنزلة من باع عبداً بمائة دينار ثم اشترى بالمائة من المشتري ثوباً ثم استحق، فإن البيع في الثوب لا يبطل ببطلان ما يبنى عليه، وهو بيع العبد. المازري: وأشار بعض الأشياخ إلى أن الخلاف مبني في مسألة الحوالة على أنه هل تقدر الحوالة كالفوت لما وقعت فيه فيكون الأمر كما قال ابن القاسم، أو ليس كالفوت فيكون الأمر كما قال أشهب ؟

واعلم أن قول أشهب مبني على أن رد السلعة بعيب نقض للبيع من أصله، وعلى قوله إن لم يكن دفع الثمن للمحال فلا يلزمه، وإن كان قد دفعه إليه استرجعه، فإن فات عنده على مذهبه مضى له، ورجع المشتري بالثمن على البائع. قال في البيان: وقيل لا يلزمه أن يدفعه إليه فإن دفعه إليه لم يكن له أن يأخذه منه ورجع على البائع، وقيل: لا يلزمه أن يدفعه إليه، وكان له أن يرجع به عليه وإن فات من يده، وإن شاء رجع على البائع؛ لأن الغيب قد كشف أنه أحاله بما لم يملك، قال: وأما على القول بأنه ابتداء بيع فيلزمه أن يدفع إلى المحال الثمن قولاً واحداً.

واعلم أن الخلاف الذي ذكره المصنف مقيد بما إذا كان البائع قد باع ما ظن أنه يملكه، وأما لو باع ما ظن أنه لا يملكه مثل أن يبيع سلعة لرجل ثم باعها من ثانٍ وأحال على الثاني بدين، فلا يختلف أن الحوالة، ويرجع المحال على غريمه، ووقع في المذهب مسألة اضطرب النقل فيها أشار بعضهم إلى إجراء ما فيها من الخلاف في مسألة الحوالة، قالوا: إن أصبغ وأبا زيد رويا عن ابن القاسم في العتبية فيمن باع عبداً بمائة، ثم تصدق بها على رجل وأحاله بها وأشهد له بذلك ثم استحق العبد أو رد بعيب: أنه إن كان المتصدق عليه قبض الثمن وفات عنده لم يرجع عليه بشيء، وإن لم يفت بيد المعطي أخذها منه المشتري، ولا شيء للمعطي.

ابن زرقون: كذا نقله صاحب النوادر وهو وهم، والذي في سماع أصبغ وأبي زيد في العتبية أنها تفوت بمجرد القبض فإذا قبضها الموهوب له لم يتبع بها إلا الواهب، بمنزلة ما لو قبضها الواهب ثم تصدق بها، وقال ابن القاسم في الموازية مثل ما حكاه أبو محمد عن العتبية، وروى عيسى عن ابن القاسم في المدونة أن نفس الهبة فوت، ويلزم المبتاع أن يدفعه إلى المتصدق عليه والموهوب إذا كان قد جمع بينهما فأقر له، ويرجع بالثمن على الواهب وهو قول بعض الرواة [٥٤٣/ أ] في المدونة في النكاح الثاني في المرأة تهب صداقها لرجل، ثم تطلق قبل الدخول: أنه يلزمه أن يدفع جميعه إلى الموهوب له ويرجع بنصفه على المرأة، قال: ويأتي على ما حكاه محمد عن ابن القاسم في المرأة تأخذ صداقها فتتصدق به وتطلق قبل الدخول أنه يرجع عليها بنصف الصداق، وترجع هي به على المتصدق عليه؛ لأنها تصدقت عليه بما لا يصح لها ملكه ألا يفوت ذلك في مسألة الحوالة بحال، وإن قبضه الموهوب له واستهلكه لأنه وهب ما لم يملك، قال: ويجري فيها قول خامس أنه إن كان البائع الواهب عديماً كان للمشتري أن يمسك الثمن إن كان لم يدفعه، وإن كان مليئاً لزمه أن يدفعه إلى الموهوب له ويتبع به الواهب، وهو قول ابن القاسم في المدونة في مسألة هبة الصداق المذكورة، وهذا إنما هو إذا بنينا مسألة الحوالة على المعروف لا على البيع فاعلمه.

وَإِذَا جَرَى لَفْظُ الْحَوَالَةِ وَتَنَازَعَا فَقَالَ الْمُحِيلُ: وَكَالَةٌ أَوْ سَلَفٌ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الأَصَحِّ ....

يعني: إذا صدر لفظ الحوالة بين رجلين، فقال له مثلاً: أحلتك على فلان، فقبضه المحال، فقال المحيل: إنما أردت بذلك التوكيل أو التسلف، وقال المحال: بل قبضته من دين لي عليك، فالأصح أنه لا يقبل قول المحيل تغليباً للفظ الحوالة، وقيل: القول قوله؛ لأنه لا تدرى إرادة نفسه ولا يعلم ذلك إلا من قوله، وأراد بالأصح قول ابن الماجشون في المبسوط في مسألة الوكالة، قال فيمن تحول بدين له على رجل، فقال المحيل: ادفعه لي

لأني إنما وكلتك في قبضه وتسليمه إليَّ، وقال المحال: بل كنت استحققه عليك ديناً قبل الحوالة، فإن كان القابض ممن يشبه أن يكون له قبل المحيل سبب حلف وسقط عنه قول المحيل، وإن لم يشبه فإنما هو وكيل، ويحلف ما أدخله إلا وكيلاً.

اللخمي: وأرى أنه حوالة حتى يقوم دليل على الوكالة؛ مثل أن يكون هذا ممن يتصرف لصاحب الدين أو تكون عادته التوكيل على التقاضي، وهذا ممن يتوكل في مثل هذا المال، وغير الأصح هو قول ابن القاسم في العتبية في السلف، قال في من أحال رجلاً بدين له على رجل: فقال المحيل: إنما أحلتك على دين لي ليكون ذلك سلفاً عندك، وقال القابض: أخذته عن دين كان لي عليك وإحالتي إقرار منك بحقي، أن القول قول المحيل وهو سلف.

اللخمي: بعد قول ابن الماجشون وابن القاسم والمسألتان سواء.

وعلى هذا فإن في كل واحدة قول، وخرج فيها قول آخر من الأخرى، وعلى هذا اعتمد المصنف، لكن قدح المازري فيما أخذه من قول ابن القاسم، قال: لأن قول المحيل إنما قبضته ليكون سلفاً لي عليك، يشبه الحوالة على الدين؛ لأنه لما التزم له أن يسلف مائة صار ذلك كدين له عليك لمن سألك في التسلف، فصارت الحوالة ههنا بدين على دين باتفاقهما جميعاً، وإنما تنتقل المسألة إلى أصل آخر وهو أن من قال: قبضت من زيد مائة كانت لي عليه ديناً، وقال زيد: إنما دفعتها إليك لتكون لي سلفاً، فإن في المسألة قولين: قيل: يصدق القابض؛ لأنه ما أقر بعمارة ذمته ولا أقر إلا بقبض شرط فيه أنه يستحقه، فلا يؤخذ بأكثر مما أقر به، والقول الآخر أن القول قول الدافع في أنه إنما دفع ذلك سلفاً؛ لأن القابض لو أتاه قبل أن يقبض منه شيئاً فقال: لي عليك دين، فأنكر المدعى عليه، فإن الإجماع على أن القول قول المدعى عليه، فكذلك يجب أن يكون القول قوله في صفة ما دفع وأنه دفعه سلفاً لا قضاء، ثم قال: وإذا تقرر هذا فإذا قضى القاضي، بأن القول قول

المحال في أنه قبض ما استحقه فلا تفريع، وإن حكم بأن القول قول المحيل فهل للمحال أن يرجع على المحيل؟

اختلف العلماء في ذلك، فمنهم من قال: إذا رفع أمره إلى القاضي لم يحكم له على المحيل بشيء؛ لأنه قد اعترف المحيل ببراءة ذمته بالحوالة، فليس له أن يطالب ذمته بدين وهو معترف ببراءتها منه، ولا يصح أن يحكم له القاضي بما يعرف أن الحكم به باطل، ومنهم من ذهب إلى أنه يحكم له القاضي؛ لأن الذي حكم به القاضي من تصديق المحيل في أنه وكل وكالة على القبض لا يقتضي سقوط دعوى المحال، قال: وهذا القول إنما يتصور عندي لو كان المحيل معترفاً بدين المحال، ولكن المنازعة إنما وقعت في المقبوض.

خليل: وانظر على هذا لو ادعى رب الدين على المديان أنه أحاله، وأنكره المديان فتوجهت اليمين عليه وحلف هو: هل يجوز له إذا أنكر المحال عليه الحق أن يطالب المديان؛ لأن مقتضى دعواه أنه لم يبق له قبله شيء، وإنما المحال عليه هو الذي ظلمه، أو يقال: من حُجة صاحب الدين أن يقول للمديان: أنت لما أنكرت الحوالة فأنت معترف ببقاء حقي في ذمتك، ونظير هذه المسألة لو ادعى الزوج الدخول وأنكرت ثم طلقها، فهل لها أن تطلبه بجميع الصداق لاعترافه، أو ليس لها؛ لاعترافها أنها لا تستحق إلا النصف ؟ في ذلك خلاف.

وقوله: (**جَرَى لَفْظُ الْحَوَالَةِ**) يقتضي أن الحوالة تفتقر إلى اللفظ، وهو صحيح، ففي العتبية عن ابن القاسم في المطلوب يذهب بالطالب إلى غريم له فيأمره بالأخذ منه ويأمره الآخر بالدفع، فيتقاضاه فيعطيه بعض الحق أو لا يعطيه شيئاً؛ لأن للطالب أن يرجع على الأول؛ لأنه يقول: ليس هذا حوالة بالحق، وإنما أردت أن أكفيك التقاضي، وإنما وجه التحول أن يقول: أحيلك بحقك على هذا وأبرأ إليك، وكذلك أيضاً لو قال: خذ من هذا حقك وأنا بريء من دينك. وما أشبه ذلك، قاله في البيان. قال بعض الشيوخ: وكذلك لو قال: اتبع فلاناً بحقك على الحوالة [٥٤٣/ ب] فاختلف قول مالك

إذا قال: اتبع فلاناً، ولعله رأى في القول بأن ذلك حوالة أن قوله عليه الصلاة والسلام: «**إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع**» يدل على ذلك، وهذا معنى ما ذكره في البيان.

فرع: إذا مات المحال عليه، فقال المحال: أحلتني على غير أصل دين فأرجع عليك، وقال المحيل: بل على دين فالقول قول المحيل.

* * *

الضَّمَانُ: شَغْلُ ذِمَّةٍ أُخْرَى بِالْحَقِّ

هذا التعريف لصاحب التلقين، وتصوره ظاهر، وأورد عليه أنه غير جامع لخروج ضمان الوجه وضمان الطلب، وأجيب بأن ضمان الوجه تشغل فيه ذمة أخرى على المشهور، وأما على الشاذ فهو كضمان الطلب، وإطلاق الضمان عليهما بالمجاز، والعلاقة المشابهة.

فإن قيل: لا نسلم أنَّ إطلاق الضمان عليهما بالمجاز بل بالحقيقة، **قيل**: فيلزم حينئذٍ الاشتراك؛ لأن الضمان حقيقة في ضمان المال، ودعوى المجاز خير من دعوى الاشتراك ولو سلم فتكونان حقيقتين مختلفتين، والحقيقتان لا يجمعان في حد واحد، ولما كان غير ضمان المال هو المقصود من هذا الباب حده المصنف.

وأورد أيضاً على جمعه أن الضمان كما يكون شغلاً للذمة، فقد يكون شغلاً للذمتين فأكثر، وأجيب بأن المراد بـ(**ذِمَّةٍ أُخْرَى**) الجنس.

وأورد أيضاً على منعه أن من باع رجلاً بدين ثم باع آخر بدين يصدق عليه الحد وليس بضمان، وأجيب بأن الظاهر أن (أل) في (**الْحَقِّ**) للعهد، والمعهود الحق الذي في الذمة الأولى.

وأورد عليه أيضاً أن لفظ (**الْحَقِّ**) شامل للحق البدني والمالي، وأجيب بأن الحقوق البدنية خارجة بقول: (**شَغْلُ ذِمَّةٍ أُخْرَى**) لأن الذمم لا تشغل بالحقوق البدنية.

وأورد على منعه أنه لو اشترى سلعة وأشرك غيره فيها لشغل ذمة أخرى، وكذلك لو ولاه، وأجيب بأن الشاغل هنا مختلف، فإن البائع شغل ذمة المشتري والمشتري شغل ذمة المولي والمشرك، ورد بأن ليس في التعريف ذكر اتحاد الشاغل حتى يخرجهما.

وَأَرْكَانُهُ أَرْبَعَةٌ

وفي بعض النسخ (خمسة).

ابن عبد السلام: إن عددت الصِّيغة، وإلا فهي أربعة، والأقرب أن الصيغة دليل على الماهية التي الأركان أجزاؤها، والدليل غير المدلول. انتهى.

وفي الجواهر أركانها خمسة، وذلك يرجح أن المصنف قصد أن الصيغة ركن؛ لأن الغالب أنه يتبعه، ورجح ذلك أيضاً القياس على البيع ونحوه.

الْمَضْمُونُ عَنْهُ لا يُشْتَرَطُ رِضَاهُ إذ يَجُوزُ أَنْ يُؤَدَّى بِغَيْرِ إِذْنِهِ

أي الركن الأول (**الْمَضْمُونُ عَنْهُ**) وهو الذي عليه الدَّين، والفقهاء يخصصونه باسم الغريم - لا يشترط رضاه، بل يجوز لغيره أن يضمن عنه الدين بغير رضاه.

واستدل المصنف على ذلك بقوله: (**إذ يَجُوزُ أَنْ يُؤَدَّى بِغَيْرِ إِذْنِهِ**) يعني وإذا جاز أن يؤدَّى عنه فالتزامه في الذمة أولى، ولإقرار سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ضمان من ضمن الميت على ما رواه البخاري وغيره، والرضا منه متعذر، وفيه بحث.

أَمَّا لَوْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ مُضَارّاً لِعَدَاوَةٍ وشِبْهِهَا فَلا يُمَكَّنُ مِنْهُ

أتى بأما المقتضية للتفصيل؛ يعني أما ما تقدم من جواز الأداء من غير الرضا إنما هو مع عدم العداوة، وأما لو قصد بذلك ضرر المديان لعداوة بينهما لم يكن من طلبه ورد قضاؤه.

وَفُهِمَ من قَوْلِهِ: (**فَلا يُمَكَّنُ**) أنه يمكن في الوجه الأول من المطالبة، ويحتمل قول المصنف (**فَلا يُمَكَّنُ مِنْهُ**) أنه لا يمكَّن العدو من دفع الدين ابتداء، والأول أولى؛ لأن عدم التمكين من المطالبة مستلزم للمنع ابتداءً بخلاف العكس.

قال في المدونة: ومن أدَّى عن رجل ديناً بغير أمره أو دفع عنه مهر زوجته جاز ذلك إن فعله رفقاً بالمطلوب، وأما إن أراد الضرر بطلبه وإعناته وأراد سجنه لعدمه لعداوة بينه وبينه منع من ذلك، وكذلك إن اشتريت ديناً عليه تعنيتاً لم يجز البيع ورد إن علم بهذا،

وظاهرها عند ابن يونس وغيره أن قصْدَ المشتري وحده الإضرار كافٍ في فسخ المعاوضة، وكذلك قال بعض المتأخرين، وقيل: لابد أن يكون البائع عالماً بقصد المشتري الضرر، وإلا لم يفسخ، ويباع الدين على المشتري فيرتفع الضرر.

ابن يونس: وهو أظهر. **اللخمي**: ويرد القضاء إذا صدر من عدو إلا أن يعنت الطالب بالمال فيقيم القاضي وكيلاً ليقبض ذلك من الغريم.

وقوله: (**وشِبْهِهَا**) أي شبه العداوة كمن عادته الضرر بالناس والتسلط عليهم.

وَلَوْ تَنَازَعَا فِي أَنَّهُ دَفَعَهُ مُحْتَسِباً فَالْقَوْلُ قَوْلُ الدَّافِعِ إِلا بِقَرِينَةٍ

يعني: إذا ادعى رجل على آخر ديناً ثم قام الدافع يطلب المال وقال المدفوع عنه: إنما دفعت عني على وجه المعروف احتساباً، فالقول قول الدافع؛ لأن الأصل عدم خروج ملكه إلا على الوجه الذي قصده، إلا أن تقوم قرينة تدل على كذب الدافع، كما إذا دفع عن الميت المفلس ثم ظهر له مال لم يعلم به فطلب الرجوع.

ابن عبد السلام: إلا أن تقوم قرينة، فينبغي أن يحلف الدافع حينئذٍ ويأخذ ما دفع.

وَلا يَجُوزُ ضَمَانٌ بِجُعْلٍ

أي: لا يجوز للضامن أن يأخذ جعلاً، سواء كان من رب الدين أو المديان أو غيرهما.

المازري: وللمنع علتان **أولاهما**: أن ذلك من بياعات الغرر؛ لأن من اشترى سلعة وقال لرجل: تحمل عني بثمنها وهو مائة على أن أعطيك عشرة دنانير، أو باع سلعة وقال الآخر: تحمل عني الدرك في ثمنها إن وقع الاستحقاق وأنا أعطيك عشرة لم يدر الحميل هل يفلس من تحمل عنه، أو يغيب فيخسر مائة دينار، ولم يأخذ إلا عشرة أو يسلم من الغرامة فيغرم العشرة ؟

ثانيهما: أنه دائر بين أمرين ممنوعين؛ لأنه إن أدى الغريم كان له الجعل باطلاً، وإن أدى الحميل ورجع به على المضمون صار كأنه سلف ما أدَّى وربح ذلك الجعل، فكان سلفاً بزيادة ملك ويرد الجعل.

ابن القاسم في الموازية والواضحة: وإن علم بذلك الطالب سقطت الحمالة، وإلا ردَّ الجعل والحمالة تامة، وقاله مطرف وابن الماجشون وابن وهب وأصبغ.

وهذا [٥٤٤/ أ] إذا كان الفساد في الحمالة، أما إن كان الفساد في المتحمل به فكما لو أعطاه ديناراً في دينارين إلى شهر وتحمل له رجل بالدنانير فثلاثة أقوال:

الأول: لابن القاسم في المدونة والعتبية، ورواه عن مالك وهو قول ابن عبد الحكم أن الحمالة ساقطة، ومثله في الموازية؛ لأن فيها: وكل حمالة وقعت على حرام بين المتبايعين في أول أمرهما أو بعد فهي ساقطة، ولا يلزم الحميل بها شيء علم المتبايعان أن ذلك حرام أو جهلاه، علم الحامل بذلك أو جهله.

محمد: وسواء كان الفساد من عقد البيع أو سببه، وهو قول أشهب أن الحمالة بالحرام أو بالأمر الفاسد باطلة ووجه هذا القول أن الذي تحمل به هذا الحميل وهو الثمن لما سقط عن المتحمل عنه لفساد البيع سقط عن الحميل.

القول الثاني: أن الحمالة لازمة على كل حال، علم الحميل بفساد البيع أو لا، وهو قول ابن القاسم في العتبية، وقول غيره في المدونة وقول سحنون في نوازله، ووجهه أن الكفيل هو الذي أدخل المتحمل له في دفع ماله للثقة به، فعليه الأقل من قيمة السلعة أو الثمن الذي تحمل به.

الثالث: التفصيل بين علم الحميل بالفساد فعليه أو لا فلا شيء عليه، وهو لابن القاسم في العتبية، قال في الذي يعطي ديناراً في دينارين ويتحمل له رجل بالدينارين: إن

كان علم علتهما فعليه الدينار الذي أعطاه، وإن لم يعلم فلا شيء عليه؛ لأنه يقول: لو علمت لم أتحمل ولم أدخل في الحرام، وهذا الخلاف إنما هو إذا كانت الحمالة في أصل البيع الفاسد، وأما إن كانت بعد عقده فهي ساقطة بالاتفاق.

تنبيه:

لا خلاف في ما ذكره المصنف من منع الضمان بالجعل إذا كان الجعل للحميل، قاله اللخمي. واخْتُلف إذا كان رب الدَّيْن أعطى المديان شيئاً على إعطائه حميلاً، فأجازه مالك وابن القاسم وأشهب وغيرهما، وعن أشهب في العتبية لا يصح، وعنه أيضاً أنه كرهه.

اللخمي وغيره: والجواز أبين، وهذا إن حل الدين.

اللخمي: ولو قال الحميل: أنا أتحمل لك على أن تعطي لفلان - لغير الغريم - ديناراً، لم يجز.

وقال أشهب في الموازية في من له على رجل عشرة دنانير إلى أجل فقال له قبل الأجل: هل لك أن أحط عنك دينارين وتعطيني بالثمانية رهناً أو حميلاً -: لا بأس به. وقال ابن القاسم: لا يجوز.

اللخمي: وإنما منعه ابن القاسم؛ لأن الطالب إنما أخذ الحميل الآن خوفاً أن يعسر الغريم عند الأجل فيصبر إلى أن يوسر فإذا أعطاه حميلاً إلى أجل كأن قد تعجل دينه قبل الوقت الذي يصير إليه إذا لم يعطه حميلاً، فيصير بمنزلة من وضع بعض دينه لتعجيله قبل الأجل.

وَلِذَلِكَ امْتَنَعَ أَنْ يَضْمَنَ أَحَدُهُمَا لِيَضْمَنَهُ الآخَرُ.

أي: ولأجل امتناع الضمان بجعل امتنع ضمان شخص ليضمنه الآخر؛ لأن كل واحد ضمن صاحبه بجعل، وهو ضمان صاحبه له.

أَمَّا لَوِ اشْتَرَيَا سِلْعَةً بَيْنَهُمَا عَلَى السَّوَاءِ جَازَ لِلْعَمَلِ

يعني: أن ما قدمه من منع ضمان أحدهما ليضمنه الآخر محمول على ما إذا لم يشتريا سلعة بينهما على السوية، فإن هذه الصورة جائزة، وإن كان يدخلها الضمان بجعل، لكن جوزت لعمل الماضين.

ومفهوم قوله: (**اشْتَرَيَا**) أنه لو باع رجلان سلعة على أن كل واحد منهما حميل بالآخر لم يجز، وهو قول ابن لبابة، لكن قال ابن رشد: الصحيح خلافه، فقد أجاز في السلم الثاني من المدونة أن يسلم إلى رجلين على أن كل واحد منهما حميل بالآخر، ومنع في البيوع الفاسدة أن يبيع الرجلان سلعتيهما من رجل على أن كل واحد منهما حميل بالآخر وجعلها بعضهم اختلاف قول.

ابن رشد: والصواب خلافه، والفرق بينهما أن مسألة البيوع الفاسدة لم تكن كل سلعة شركة بين المتبايعين، ولذلك منع لأنه قد تستحق سلعة أحدهما ولا تستحق سلعة الآخر.

والفرق على قول ابن لبابة بين البيع والشراء أن المشتريين لو دفع البائع السلعة إلى أحدهما فيما عليه وعلى صاحبه جاز، ولو دفع المشتري إلى أحد المتبايعين اللذين كل واحد منهما حميل بصاحبه جميع الثمن، لم يجز.

ومفهوم قوله أنهما لو اقترضا على أن يكون كل واحد منهما ضامناً للآخر لم يجز، وهو قول ابن الفخَّار، وأجاز ذلك ابن أبي زمنين وابن العطار.

ابن عبد السلام: وهو الأصح عندي.

وقوله: (**سِلْعَةً**) أي فأكثر، نص عليه ابن يونس في السلم الثاني.

وقوله: (**عَلَى السَّوَاءِ**) احترازاً مما لو كان لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان، وتحمل كل واحد منهما بما على الآخر أيضاً مما اشتريا، فإنه يمتنع إلا أن يتحمل صاحب الثلث بمثل ما تحمل به الآخر فإنه جائز، نص عليه عبد الحق.

وهذا يرد على المصنف؛ لأن مفهوم كلامه المنع في هذه الصورة، اللهم إلا أن يقال: إن قوله: (**عَلَى السَّوَاءِ**) راجع على الحمالة.

وَيجُوزُ الضَّمَانُ عَنِ الْمَيِّتِ

لأنه معروف منه، ولا خلاف فيه عندنا.

الْمَضْمُونُ لَهُ

هذا هو الركن الثاني والمضمون له هو رب الدَّيْن.

وفي بعض النسخ: (المضمون) فيعود على الدَّيْن، وكل منهما لا تشترط معرفته كما نبه عليه المصنف بقوله.

وَلا تُشْتَرَطُ مَعْرِفَتُهُ فَلَوْ تَحَمَّلَ دَيْنَ الْمَيِّتِ وَطَرَأَ غَرِيمٌ لَزِمَهُ

وهو ظاهر التصور.

الضَّامِنُ: شَرْطُهُ أَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ، فَيَصِحُّ ضَمَانُ الزَّوْجَةِ فِي الثُّلُثِ

هذا هو الركن الثالث، واشترط فيه أن يكون أهلاً للتبرع؛ لأن الضمان قد يلزم منه تسليف الغريم ما في ذمته، والسلف عقد معروف.

خليل: على أنَّ الضمان عند أهل المذهب يكفي في الالتزام ممن حصلت له أهلية، ولا يشترطون فيه الحيازة من جانب آخر كما تشترط في غيره من أبواب المعروف، وهكذا [٥٤٤/ ب] في المدونة.

ابن يونس: لأنها هبة للذي له الدَّيْن، فلم يفتقر إلى القبض كحميل الصداق عن الزوج للزوْجة لا يبطل بموت الحميل، وحكى المازري في ذلك قولين في المذهب:

أحدهما: أن عدم الحوز فيها كعدم الحوز في الهبة.

والثاني: أنه يخالفها لحق المتحمل له، وخرج بأهلية التبرع الصبي وفاقد العقل والعبد والمريض فيما زاد على الثلث، ومذهب المدونة جواز كفالته بالثلث، وقال محمد: حمالة المريض جائزة ما لم يدخل على أهل دينه نقص بها ولا يكون المتحمل عنه مليئاً، فإن كان مليئاً جازت بكل حال، وقال عبد الملك: إن كان الغريم مليئاً لزمته الكفالة بالثلث، وإن كان عديماً بطلت ولم تكن في الثلث؛ إذ لم يرد بها الوصية، وكذلك المرأة ذات الزوج فيما زاد على ثلثها إلا أن يجيزه الزوج، وأما في الثلث فيصح لأنها أهل للتبرع فيه.

وإلى هذا أشار بقوله: (**فَيَصِحُّ ضَمَانُ الزَّوْجَةِ فِي الثُّلُثِ**)، يريد وما زاد عليه يسيراً كالدينار ولا خلاف في منعها فيما زاد على الثلث إذا كان الغريم معسراً، وأما إذا كان موسراً فقال اللخمي: منعه ابن القاسم، وأجازه ابن الماجشون، وهو أشبه؛ لأن الغالب السلامة، ونبه المصنف على ذات الزوج؛ لأنه قد يتوهم الجواز فيها مطلقاً لكونها لا تؤدي شيئاً في الحال.

تنبيه:

لا إشكال في أن منع الزوجة من الحمالة فيما زاد على ثلثها إنما هو لحق الزوج، فلذلك إذا ضمنته هو جاز وإن استغرق مالها، فإن ادعت أنه أكرهها على أن تحملت له أو عنه لم يقبل منها إلا ببينة عند ابن القاسم، ووافقه أشهب في الحوالة لها به، وألحق بالبينة إذا كان المتحمل له عالماً بأن زوجها أكرهها، قال: فإن أنكر المتحمل له العلم فعليه اليمين إن ظن به ذلك كالجار القريب والنسب، وقال فيما إذا ادعت أنه أكرهها على أن تحملت له: إن عرف بالإساءة لها وقهرها فالقول قولها، ورأى أن هذه قرينة حال تشهد بصدقها.

محمد بن عبد الحكم: وإن تكفلت ذات زوج برجل آخر على ألا مال عليها فلزوجها رد ذلك؛ لأنه يقول: تحبس وأُمنع منها، وتخرج للخصومة وليس ذلك عليَّ.

وَإِذَا رَدَّ السَّيِّدُ ضَمَانَ الْعَبْدِ أَوِ الْمُدَبَّرِ أَوْ أُمِّ الْوَلَدِ لَمْ يُتْبَعْ بِهِ إِذَا عَتَقَ

دلَّ كلامه على أنهم ليس لهم أن يضمنوا ابتداء من غير إذن السيد لحقه، ودل أيضاً على أن ضمانهم موقوف، وأن للسيد إجازته ورده.

وقوله: (رَدَّ) محمول على مجرد عدم الإجازة، وأما لو أسقط ذلك عنهم لما لزمهم شيء بعد كسائر عطاياهم، نص عليه في المدونة، ومذهبها جواز ضمان المكاتب بإذن السيد، وقال غيره فيها: لا يجوز، والمشهور: ليس له أن يضمن بغير إذنه خلافاً لابن الماجشون.

وليس للسيد أن يجبر عبده على الضمان على المشهور، وجعل في المدونة في باب الكفالة رد السيد رد إبطال، وفي الاعتكاف ما يدل على أنه رد إيقاف؛ لأن فيه إن نذر عبدٌ عكوفاً فمنعه سيده لزمه ذلك إن عتق، وكذلك المشي والصدقة إذا نذر ذلك فلسيده منعه، فإن عتق يوماً لزمه ما نذر من مشي أو صدقة إن بقي ماله ذلك بيده، فرأى بعض الأندلسيين أنه اختلاف قول، وقال بعض القرويين: معنى قوله: (إن بقي ماله ذلك بيده) أي المال الذي نذر فيه لا الشيء المتصدق به بعينه، وقال ما في الاعتكاف منع ولم يرد، والذي في النذور رد، ولا خلاف أن رد الغرماء رد إيقاف ولا يستلزم الإذن في التجارة الإذن في الحمالة على مذهب المدونة خلافاً لابن الماجشون، وعلل القاضي إسماعيل قوله بأن في تحمله استتلافاً لمن يعامله ويتحمل عنه.

وَلِلْمَضْمُونِ لَهُ مُطَالَبَةُ مَنْ شَاءَ، وَفِيهَا: لا يُطَالِبُ الكَفِيلَ والأَصْلُ حَاضِرٌ مَلِيءٌ لَكِنْ إِذَا غَابَ أَوْ فلِسَ، ورآهُ كَالرَّهْنِ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ مِلْطَاطاً ....

الجوهري: يقال لطَّ الرجل إذا اشتد في الأمر والخصومة، وقال قبله: لطَّه؛ أي حجره، وهذان القولان لمالك في المدونة وغيرها كان أولاً يقول: له أن يأخذ من شاء منهما، ثم رجع إلى أنه لا يطالب الضامن والأصل حاضر مليء، وبه أخذ ابن القاسم.

ابن رشد: وهي الرواية المشهورة.

ولعل المصنف نسبها للمدونة دون غيرها ليبين أنها المشهورة.

وقوله: (**لَكِنْ إِذَا غَابَ أَوْ فلِسَ**) راجع إلى قوله: (**حَاضِرٌ مَلِيءٌ**) الأول للأول والثاني للثاني، وألحق في المدونة بالمفلس المديان إذا خشي رب الدين إذا قام عليه المحاصة.

وقوله: (**ورَآهُ كَالرَّهْنِ**) توجيه للمرجوع إليه، وهو لصاحب النكت؛ أي أن الحميل لما كان يدخل للتوثقة شابه الرهن، فكما أنه لا سبيل للرهن إلا عند عدم المطلوب، فكذلك لا سبيل إلى الكفيل إلا عند عدم المطلوب.

والضمير في (**رَآهُ**) عائد على مالكه، والهاء عائدة على الحميل.

قال جماعة: ومنشأ الخلاف قوله صلى الله عليه وسلم: «**الزعيم غارم**» هل يقتضي العموم لأنه لم يفصل، أو هو مجمل ؟

وفي قوله: «**غارم**» إشارة إلى أنه إنما يغرم ما قد صار في حيز التلف، بأن يكون الغريم فقيراً أو ممتنعاً.

وفي قول المصنف: (**لَكِنْ إِذَا غَابَ**) إطلاق يقيد بما إذا لم يكن للغائب مال حاضر، ففي المدونة: وأما إن كان للغائب مالٌ حاضر يُعْدى فيه فلا يتبع الكفيل، قال غيره: إلا أن يكون في تثبيت ذلك، وفي النظر فيه بعد فيؤخذ من الحميل.

ابن رشد في الأسئلة: وهو تفسير لا خلاف، كذا حمله من أدركنا من الشيوخ، وبه جرى العمل.

وقوله: (**مِلْطَاطاً**) وقد تقدم قول الجوهري: ألطَّ [٥٤٥/ أ] الرجل إذا انتشب في الأمر والخصومة، وقال قبل ذلك: لططت حقه إذا جحدته، والأول أقرب إلى مراد المصنف.

ابن راشد: وهذا لا ينبغي عدّه خلافاً، بل هو جارٍ على المشهور، وكذلك ذكره غيره قال: وإذا فرَّعنا على الرواية المشهورة: وطلب الغريم فوجده عديماً أو غائباً موسراً أو فقيراً أو حاضراً مدياناً فخاف الطالب إن قام عليه الحصاص أو يكون حاضراً مُلِدّاً فله طلب الحميل.

فروع مرتبة على المشهور:

أولها: لو قام الطالب على الحميل فقال الحميل: الغريم مليء، وقال الطالب: بل هو عديم، ففي المقدمات: اختلف هل القول للطالب ويغرم الحميل إلا أن يقيم الحميل بينة بملاء الغريم وهو قول سحنون في نوازله، أو القول للحميل إلا أن يقيم الطالب بينة بعدم الغريم، وهو ظاهر ما في سماع سحنون في كتاب النكاح أن الغريم محمول على اليسر، وذكر ابن زرقون القولين عن ابن القاسم، والأظهر هو الثاني.

الثاني: لو اشترط الطالب أن يبدأ بأيهما أحب فاختلف قول مالك وابن القاسم هل يوفى بالشرط أم لا ؟ ففي المقدمات والبيان: المشهور عن ابن القاسم في المدونة وغيرها أن الشرط عامل، وبعدمه أخذ أشهب وابن كنانة وابن الماجشون.

الثالث: لو اشترط البداية بالحميل.

المازري: فإن كان في ذلك الشرط منفعة لمشترطه لكونه أملأ أو أسمح قضاء أو أيسر وجب الوفاء بشرطه، وإن لم تظهر المنفعة جرى على الخلاف في الوفاء بما لا يفيد، وفيه قولان.

وعمم صاحب البيان الخلاف سواء ظهر للشرط فائدة أو لا، إلا أنه زاد ثالثاً بإعمال الشرط في المسيء المطالبة وفي ذي سلطان، نسبه لابن القاسم، ورابعها: بإعمال الشرط مطلقاً، إن كان في أصل البيع وإن كان بعد البيع نفعه في سيء القضاء وفي ذي السلطان، قال: وهو أيضاً لابن القاسم.

الرابع: لو شرط الحميل ألا يرجع عليه إلا بعد تعذر الوفاء من الغريم لم يختلف في إعمال الشرط، وألحق المازري بذلك إذا كانت العادة عدم مطالبة الضامن إلا بعد تعذر الوفاء من الغريم.

وَمَهْمَا أَبْرَأَ الأَصْلَ بَرِئَ الْفَرْعُ بِخِلافِ الْعَكْسِ

أي: ومهما أبرأ الطالب **(الأَصْلَ)** أي الغريم **(بَرِئَ)** أي الضامن؛ لأن طلب الحميل فرع بثبوت الدين عن الغريم، فإذا ارتفع الأصل ارتفع الفرع، وهكذا قال الباجي وابن شاس وغيرهما، فإن قيل: هو خلاف ما وقع لمالك في الموازية والعتبية؛ لأن في الموازية من رواية أشهب في من باع سلعة وأخذ حميلاً وكتب عليهما أيهما شاء أخذه بحقه، فمات الغريم فبيعت جميع تركته فاستوفى ثلثي حقه، ثم سأله الورثة أن يحلل الميت مما بقي ففعل، فقال الحميل: لا شيء لك عليَّ لأنك حللت الغريم، قال مالك: يحلف ما وضع إلا للميت وهو على حقه، وفي العتبية في من له حقان حق بالحمالة وحق بغيرها، وكتب في الحمالة أيهما شاء أخذه بحقه، ثم مات الغريم واستوفى الطالب ثلثي حقه، وسأله الورثة أن يحلله ففعل ثم طلب الحميل، فقال الحميل: ليس لك قِبَلِي شيء، فقال مالك: أرى أن يكون الذي أوصل إليه من مال الميت بين المستحقين بالحصص، ويحلف بالله ما وضعت إلا للميت، ثم تكون على الحميل حصته من ذلك الدين.

قيل: قد أنكر جماعة من الشيوخ هاتين المسألتين، أما الأولى فقال ابن المواز: فيها شيء، وقال في موضع آخر: فيه نظر، وكذلك أيضاً استشكلها ابن يونس وقال: إنما يتوجه الغرم على الحميل إذا كان الحق ثابتاً على الغريم فإذا سقط عنه أو بعضه سقط عن الحَمِيلِ، كما لو أدَّى الغريم الحق أو بعضه.

ابن راشد: وما قاله ابن يونس هو الصواب، وكذلك استشكل في البيان مسألة العتبية نحو ما ذكر ابن يونس، قال: ورأيت لابن دَحُّون في هذه المسألة أنه قال: إنما لزمه اليمين من أجل الدين الذي كان له بغير حمالة فيحلف أنه ما حلله إلا من دينه الذي كان له بغير حمالة، ولو كان الدين كله بحمالة لم يكن له تبع على الحميل، قال: وهو تأويل تصح به المسألة، فينبغي أن تحمل عليه، وإن كان بعيداً عن لفظها.

ابن عبد السلام: ومسألة الموازية لا تقبل هذا التأويل.

وأجاب المازري عن الإشكال الوارد عن المسألتين بأن الناس يعتقدون أن من له الدين يطالب من هو عليه في الآخرة، قال: ويؤيد اعتقادهم هذا قوله صلى الله عليه وسلم: «**نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه**» فأشار إلى أحكام الآخرة، وإن مات وعليه دين كان الأمر فيه هكذا، وامتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه حتى يقضى عنه دينه، كما ورد في الحديث.

وإذا تقرر هذا وأمكن أن يريد رب الدين - لما سئل أن يحلل الميت المديان - بتحليله ألا يطالبه في الآخرة، وإسقاط إثم المطل عنه إن كان مطله، فهذا مما يختص بالغريم دون الحميل فيحلف من له الدين أنه لم يرد إلا إتباعه في الآخرة ويبقى الحميل مطلوباً بما تحمل به، ولا يسقط عنه بالشك ما كان عليه باليقين، فلما رأى المصنف وابن شاس ما في هاتين الروايتين من الإشكال تبعا في ذلك ما ذكره الباجي وغيره من الشيوخ، على أنه يمكن الجمع بينهما بأن يحمل ما ذكره الباجي وابن شاس والمصنف على الغريم الحي، وما في الروايتين على الغريم الميت، ولا يبقى في المسألة خلاف، وهو الذي يؤخذ من تعليل المازري.

ويحتمل أن يحمل ما ذكره الباجي على ما إذا لم يشترط رب الدين أن يأخذ أيهما شاء، بخلاف مسألة العتبية والموازية، فإنه نص فيهما على الاشتراط، وهذا هو الذي يؤخذ من كلام الباجي؛ لأنه قال: إذا وهب الطالب حقه للغريم برئ الحميل ولو وهب الحق للحميل لم يبرأ الغريم، وعليه أن يؤدي للمتحمل له ثم قال:

فرع:

ومن أخذ حميلاً بثمن سلعة على أن يأخذ أيهما شاء بحقه، فمات الغريم فحلله الطالب، وذكر الروايتين.[٥٤٥/ ب]

قوله: (**بِخِلافِ الْعَكْسِ**) أي فلا يلزم من براءة الحميل براءة الأصل، وهكذا في المدونة.

فرع:

فإن غاب الغريم وغرم الحميل، ثم قدم الغريم فأثبت أنه كان دفع، ففي الموازية: ينظر فإذا دفع الحميل الحق قبل الغريم وبعد الأجل فله الرجوع على الغريم؛ لأن دفعه كان بحق، ويرجع الغريم بما دفع على صاحب الحق، وإن كان الغريم قد دفع قبل الحميل فلا تباعة للحميل عليه، ويرجع الحميل على صاحب الحق بما دفعه إليه، وإن جهل أمرهما لم يتبع الحميل إلا من دفع إليه إلا أن تكون له بينة أنه الدافع أولاً، أو بقضاء من سلطان بعد أن يحلف الغريم أنه الدافع قبل، فإن نكل حلف الحميل فأغرم الغريم، فإن نكلا جميعاً لم يكن على الغريم شيء.

وَلا يُطَالِبُ الضَّامِنُ بِمُؤَجَّلٍ بَعْدَ مَوْتِ الْمَضْمُونِ إِلا بَعْدَ اسْتِحْقَاقِهِ

يعني: إذا مات المضمون قبل حلول أجل الدين، فلا يطالب الضامن بالديْن إلا بعد الأجَلِ.

وهذا معنى قوله: (**بَعْدَ اسْتِحْقَاقِهِ**) لأنَّه لا يلزم من حلول الدَّيْن على الغريم حلوله على الحميل لبقاء الذمة، وحكى ابن رشد الاتفاق عليه.

وفي بعض النسخ (ولو مات الأصل تعجله من ماله)، فإن لم يترك وفاء لم يطلب الكفيل بمؤجل بعد موت المطلوب إلا بعد استحقاقه، وهي ظاهرة.

ابن القاسم في المدونة: وإن مات الغريم مليئاً والطالب وارثه برئ الحميل؛ لأنه إن غرم للطالب شيئاً رجع عليه بمثله في تركه الميت، والتركة في يده فصار كمقاصة، فإن مات الغريم معدماً ضمن الكفيل.

وَلِلْمَضْمُونِ لَهُ طَلَبُ تَرِكَةِ الضَّامِنِ وَيَرْجِعُ وَرَثَتُهُ عَلَى الْمَضْمُونِ بَعْدَ اسْتِحْقَاقِهِ، وَقِيلَ: يُوقَفُ إِلَى الأَجَلِ فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الأَصْلُ مَلِيئاً أَخَذَهُ الْغَرِيمُ، قَالَ يَحْيَى: هَذِهِ رِوَايَةُ سُوءٍ ....

لما تكلم على موت المضمون قبل الأجل تكلم على موت الضامن قبله؛ يعني: وإن مات الضامن قبل الأجل فَلِلْمَضْمُونِ لَهُ - أي رب الدَّيْنِ - تعجيل الحقِّ من ورثة الضامن.

قال في المدونة: ولو كان الغريم حاضراً مليئاً وله أن يحاصص غرماءَهُ ويرجع إذا أخذ ربُّ الدَّيْن الحق من تركة الضامن ورثة الضامن- على المضمون أي الغريم بعد استحقاقه الدين.

وقوله: (**وَقِيلَ**) هذا القول رواه ابن وهب وقاله عبد الملك، وإنما قال يحيى: هذه رواية سوء لأنه حجر المال من غير فائدة حصلت لورثة الحميل ولا لربِّ الدين، وقد يهلك فلا يحسن أن يجعل ضمانه من واحد منهما.

خليل: ويظهر أن الوارث لو رضي بإيقافه، وقال: إن تلف كان ضمانه مني لأخاصم عند الأجل أن يكون القول قوله، وإليه أشار ابن راشد وجعل عبد الوهاب رواية ابن القاسم مبنية أن للطالب أن يطالب أيهما شاء، ورواية ابن وهب على أن لا يطالب الضامن إلا في غيبة الغريم أو عدمه، وأنكر ذلك ابن يونس وغيره، ورأى أن الخلاف هنا مبني على الرواية بعدم مطالبة الضامن إلا من بعد تعذر الأصل؛ لأن ابن القاسم ممن قال: لا يطالب الضامن إلا في غيبة الغريم أو عدمه، فكيف يفرع على غيره، وهذا هو الأقرب، وحكى اللخمي والمازري عن ابن نافع قولاً ثالثاً بالفرق، فإن كانت تركة الحميل مأمونة واسعة لم يؤخذ الدين منها معجلاً ولا موقوفاً وإلا وقف الدين لتخليصه عند الطَّلب.

تنبيه: هذا حكم ضامن المال؛ لأن كلام المصنف إنما هو فيه، وأما ضامن الوجه فسيأتي.

وَلِلضَّامِنِ الْمُطَالَبَةُ بِتَخْلِيصِهِ عِنْدَ الطَّلَبِ

قال في الجواهر: إن للكفيل إجبار الأصل على تخليصه إذا طولب وليس له ذلك قبل أن يطالب، وعلى هذا فيكون معنى قول المصنف: (**عِنْدَ الطَّلَبِ**) أي طلب الكفيل، وهذا إنما يأتي على قول مالك المرجوع عنه، وقال ابن عبد السلام: يعني أن ربَّ الدين إذا توجَّه له الطلب فسكت عنه أو نص على تأخيره فللحميل ألا يرضى بذلك التأخير، ويقول لرب الدين: إما أن تطلب حقك وإلا أسقط عني الحمالة، وهذا مقيد بما إذا كان الغريم موسراً، وأما المعسر فلا كلام له.

وحمل كلام المصنف على هذا أحسن؛ لأنه المتبادر إلى الفهم.

فرع: فإن أخر رب الدين الغريم بعد الأجل ففي البيان: تحصيل المسألة أن المطلوب إذا أخره الطالب فلا يخلو إما أن يكون مليئاً أو معدماً، فإن كان معدماً فلا كلام للحميل باتفاق، وإن كان مليئاً فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

الأول: أن يعلم فينكر، **والثاني**: أن يعلم فيسكت، **والثالث**: أن يعلم حتى يحل الأجل الذي أنظره إليه، فالأول لا يلزمه تأخير الطلب، ويقال له: إما أن تسقط الكفالة وإلا فاحلف أنك ما أخرته إلا على أن يبقى الكفيل على كفالته، فإن حلف لم يلزمه التأخير، والكفالة ثابتة على كل حال، هذا مذهب ابن القاسم في المدونة، وإن كان سكت فيها عن اليمين، وقال غيره في المدونة: الكفالة ساقطة على كل حال، وقيل: إنها لازمة بكل حال.

خليل: انظر هذا فإن الظاهر أنه كالقول الأول، وأما إن علم بذلك فسكت حتى حل الأجل فالكفالة لازمة قاله في المدونة، ويدخله الخلاف المعلوم في السكوت، هل هو كالإقرار أم لا ؟ وأما إن لم يعلم بذلك حتى حل الأجل فيحلف صاحب الحق ما أخره

ليبرأ الحميل من حمالته وتلزمه الحمالة، فإن نكل عن اليمين سقطت الحمالة، وهذا كله في التأخير الكثير، وأما اليسير فلا حجة للكفيل فيه. انتهى.

قال في المدونة: وإذا أخر الطالب الحميل بعد محل الحق فذلك تأخير للغريم، إلا أن يحلف ما كان ذلك تأخيراً للغريم، فيكون له طلبه؛ لأنه لو وضع الحمالة كان له طلب الغريم إن قال: وضعت الحمالة دون الحق، وإن نكل لزمه تأخيره.

تنبيه: وقع في بعض النسخ بإثر هذه المسألة ما نصه:

ولا يلزم تسليم المال للحميل ليؤديه؛ إذ لو هلك لكان من الأصل.

ونحوه في الجواهر والمدونة في السلم الثاني، إلا أن في قول المصنف: (إذ لو هلك لكان من الأصل) إطلاقاً يبينه [٥٤٦/ أ] ما في المدونة، وإذا دفع الغريم الحق إلى الكفيل فضاع فإن كان على الاقتضاء ضمنه الكفيل قامت بهلاكه بينة أم لا، عيناً كان أو عرضاً أو حيواناً؛ لأنه متعدٍّ، وإن كان على الرسالة لم يضمنه، وهو من الغريم حتى يصل إلى الطالب.

ويحتمل أن يريد المصنف بقوله: (لكانَ من الأصل) أن لصاحب الدين أن يطلبه من الغريم، ويرجع به الغريم على الكفيل إن أخذه على الاقتضاء.

وَيَرْجِعُ إِذَا أَدَّى بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِقْرَارِ الْمَضْمُونِ لَهُ، ولا يُفِيدُ إِقْرَارُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ

أي: ويرجع الضامن إذا أدَّى عن الغريمِ بشَرْطِ أن تشهد بينة بمعاينة الدفع للطالب، أو يقر الطالب بالقبض، وهو مراده بقوله: (**بِإِقْرَارِ الْمَضْمُونِ لَهُ**) وهو الطالب؛ لأنَّ الحقَّ سقط بهذين الوجهين، وأما إقرار المضمون عنه أنه دفع للطالب فذكر المصنف أنه لا يقبل؛ لأن الحق لا يسقط عن الغريم ومن حجته أن يقول للضامن: أنت فرطت بتركك الإشهاد، ولا أعلم في ذلك خلافاً إذا أدَّى الضامن للمضمون له بغير حضرة الغريم، وأما بحضرته فلابن القاسم في سماع عيسى أنه لا يرجع لتقصيره في ترك الإشهاد، وله في سماع أبي زيد أنه يرجع؛ لأن التقصير كان من الغريم؛ لأن الحميل أدَّاها عنه بحضرته.

ابن رشد: والأول أظهر؛ لأنَّ المال للضامن فهو أحق بالإشهاد على دفعه.

فرع:

ويرجع بمثل ما أدى إذا كان مثلياً، واختلف إذا تكفل بعرض وأداه فالمشهور وهو قول ابن القاسم وأشهب: يرجع بمثله لأنه سلف؛ وفي سماع أبي زيد أن المطلوب مخير إن شاء دفع مثله، وإن شاء دفع قيمته. وفي الواضحة أنه لا يغرم إلا مثله، قال في البيان: ولا خلاف أنه اشترى العرض أنه يرجع بمثله الذي اشتراه به ما لم يحابِ فلا يرجع بالزيادة.

وَإِذَا صَالَحَ الضَّامِنُ رَجَعَ بِالأَقَلِّ مِنَ الدَّيْنِ أَوِ الْقِيمَةِ

لما ذكر حكم الضامن إذا أدى مثل الدين وأنه يرجع به ذكر إذا أدى غيره.

وقوله: (**صَالَحَ**) يريد بمقوم، بدليل قوله: (**رَجَعَ بِالأَقَلِّ مِنَ الدَّيْنِ أَوِ الْقِيمَةِ**).

ويُفْهم من كلامه جواز المصالحة ابتداءً، وفي ذلك ثلاثة أقوال: الجواز مطلقاً؛ لأنه مكارمة، ولأنه دخل على أن الغريم بالخيَارِ إنْ شاء دفع ما عليه، وإن شاء دفع قيمة ما أعطى أو مثله إن كان مثلياً.

والمنع مطلقاً؛ لأنه أخرج من يده شيئاً لا يدري أيأخذ قيمته أو ذلك الدين، فهو بيع بثمن مجهول.

والتفرقة، فإن صالح عنه بمثلي امتنع، وبمقوم جاز، واختلف قوله في المدونة: (إذا صالح بمثلي مخالف لجنس الدين) فمنعه في السلم الثاني، وأجازه في الكفالة.

ابن عبد السلام: وهو أقرب؛ لأن الباب معروف، وحكى ابن رشد رابعاً بالجواز فيما تجوز فيه النسيئة في المبايعة، والمنع فيما لا تجوز فيه، كأن يؤدي دنانير عدة عن دراهم أو تمراً عن قمح.

الباجي: وإلى منع المصالحة بالدنانير عن الدراهم وبالعكس رجع ابن القاسم وأشهب وأصحابهما.

محمد: لأنه يدخله الصرف بخيار، قال: وعلى القول بمنع المصالحة يرجع على الطالب بما دفع إليه، وعلى الجواز فقيل: يرجع الكفيل على المطلوب المتحمل عنه بما تحمل عنه به، وقيل: يخير المتحمل عنه، فإن شاء أغرمه ما غرم عنه، وإن شاء غرم الذي كان عليه والقولان قائمان من المدونة.

فإن قيل: فما وجه القول بالفرق بين المقوم والمثلي؟ **قيل**: لأن المقوم لما كان يرجع فيه إلى القيمة، وهي من جنس الدين، والحميل يعرف قيمة سلعته فقد دخل على القيمة إن كانت أقل من الدين، وإن كانت أكثر فقد دخلا على أخذ الدين وهبة الزيادة، بخلاف المثلي؛ لأنه من غير جنس الدين فلا يعرف فيه الأقل والأكثر؛ لأن الأقل والأكثر لابد أن يشتركا في الجنس والصفة، فكانت الجهالة في المثلي أقوى، قال جماعة: ولا خلاف في الجواز إذا دفع من الصنف الذي على المديان، ولكن أدنى منه أو أجود؛ إذ لا يشك أحد أن الدافع لا يختار إلا الأخف.

وعورضت بقوله في المدونة فيمن أمر رجلاً يشتري له سلعة بالعين ولم يدفع إليه شيئاً، فاشتراها بغير العين: أن الآمر مخير في ترك ما اشتراه، ولا إشكال أن يدفع للمأمور ما ودى عنه، وكان ينبغي إن رضي بالشراء أن يدفع له الأقل مما أمر به أو قيمة ما اشترى به بجامع أن كل واحد من الوكيل والكفيل فعل غير ما أمر به لقصد المعروف، وتردد بعضهم في صحة هذه المعارضة، وفي الفرق بأن المأمور مأذون له في السلف؛ لأن الفرض أن الآمر لم يعطه شيئاً، فإذا أمضى الآمر فعله فإنما أمضاه على الوجه الذي فعله وهو السلف، وأما الكفيل فلم يؤذن له في شيء بوجه، وإنما قصد هو من جهة نفسه التطوع، فلا يكون على الغريم إلا الأقل.

واعلم أن الضامن يتنزل منزلة الغريم؛ فما جاز للغريم أن يدفعه عوضاً عما عليه جاز للضامن، وما ليس فليس، فلو ضمنه في عروض عليه من سلم لم يجز له أن يصالح عنها

قبل الأجل بأدنى صفة أو قدراً؛ لئلا يدخله: (ضع وتعجل)، ولا بأكثر؛ لئلا يدخله: (حط الضمان عني وأزيدك)، وأجازوا أن يصالح بعد الأجل بدنانير طيبة عن دنانير أدنى منها؛ لأنه يعلم أن الغريم لا يعطي إلا الدنية، وكذلك العكس؛ لأنه يعلم أن الغريم لا يدفع إلا الذي عليه.

المازري: لكن لم يطرد هذا في المدونة في الطعام من السلم، فإنه منع الكفيل أن يصالح من له الدين إذا حل الأجل بطعام أجود مما تحمل به أو طعام أدنى منه، وإن فعل ذلك قضى عن الغريم لا ليشتريه لنفسه.

وعلل ذلك بأنه بيع الطعام قبل قبضه لأجل ما يكون لمن عليه الدين من الخيار في أن يدفع مثل ما دفعه الكفيل أو الدين الذي عليه، والمسألة تحتمل من التفريع أكثر من هذا، لكن تركنا ذلك لمحاذاة كلام المصنف.

وَضَابِطُ [٥٤٦/ب] تَرَاجُعِ الْحُمَلَاءِ أَنَّ مَنْ غَرِمَ أَخَذَ مَنْ يَلْقَاهُ بِمَا أَدَّى عَنْهُ مِنْ حِصَّتِهِ مِنَ الدَّيْنِ ثُمَّ بِنِصْفِ مَا أَدَّاهُ عَنْ غَيْرِهِ بِسَبَبِ الْحَمَالَةِ لأَنَّهُ شَرِيكٌ، وَيَتَرَاجَعُونَ....

لما كان الحميل قد يتحد وقد يتعدد وكان الحكم في الواحد يؤخذ بما تقدم، أخذ في بيان المتعدد وذكر له ضابطاً مثاله: لو اشترى ثلاثة سلعة بثلاثمائة، وتحمل كل منهم بصاحبه فإذا لقي البائع أحدهم أخذ منه الجميع مائة بطريق الأصالة، وبمائتين عن صاحبيه بطريق الحمالة، ثم إن لقي هذا الدافع أحدهما أخذ منه مائة؛ لأنه أداها عنه وخمسين نصف الثلث الباقي من الحق؛ لأنه كان أداها عن الغريم الثالث، وهما معاً حميلان فيتساويان فيها، فمن لقيه منهما أخذ منه الخمسين لأنه شريكه؛ أي من الحمالة.

وَيظْهَرُ بِمَسْأَلَةِ الْمُدَوَّنَةِ إِذَا اشْتَرَى سِتَّةُ نَفَرٍ سِلْعَةً بِسِتِّمِائَةِ دِرْهَمٍ بِالْحَمَالَةِ فَلَقِيَ الْبَائِعُ أَحَدَهُمْ فَأَخَذَ مِنْهُ الْجَمِيعَ فَإِن لَقِيَ الْغَارِمُ أَحَدَهُمْ أَخَذَهُ بِمِائَةٍ عَنْ حِصَّتِهِ مِنَ الدَّيْنِ وبِمِائَتَيْنِ نِصْفِ مَا بَقِيَ مِنَ الْحَمَالَةِ فَإِنْ لَقِيَ أَحَدَهُمَا ثَالِثاً أَخَذَهُ بِخَمْسِينَ وبِخَمْسَةٍ وسَبْعِينَ فَإِنْ لَقِيَ الثَّالِثُ رَابِعاً أَخَذَهُ بِخَمْسَةٍ وعِشْرِينَ وخَمْسَةٍ وعِشْرِينَ ثُمَّ إنْ لَقِيَ الرَّابِعُ الخَامِسَ، أَخَذَهُ باثْنَيْ عَشَرَ وَنِصْفٍ وَسِتَّةٍ ورُبُعٍ إِلَى أَنْ يَلْقَى الْخَامِسُ السَّادِسَ فَيَأْخُذَ مِنْهُ سِتَّةً ورُبُعاً لأَنَّهُ أَدَّاهَا عَنْهُ وحْدَهُ....

(**بِالْحَمَالَةِ**) أي على أن بعضهم حميل عن بعض بجميع المال، فإذا لقي الطالب أحدهم أخذه بستمائة عليه منها مائة، والخمسمائة الباقية بطريق الحمالة، فإذا لقي الغريم أحد الخمسة لم يكن له طلب بالمائة التي دفعها عن نفسه، وهكذا كل من دفع عن نفسه شيئاً لا رجوع له به، تبقى له خمسمائة، منها مائة على هذا الثاني، فيأخذها منه تبقى أربعمائة، فيقول له: ادفع لي نصفها مائتين لأنك شريكي في الحمالة، فإذا لقي أحد هذين ثالثًا أخذه بخمسين وخمسة وسبعين؛ لأنه دفع ثلاثمائة مائة عن نفسه لا رجوع له بها، ومائتين عن هذا الثالث، وعن الثلاثة الباقين ينوبه منها خمسون فإذا قبضها منه قال: بقيت لي مائة وخمسون عن الثلاثة الباقين وأنت شريكي فيها، فإن لقي الذي دفع خمسين وخمسة وسبعين رابعاً فالخمسون لا رجوع له بها لأنها عنه، وقد أدى عن الرابع وعن صاحبه خمسة وسبعين منابه منها خمسة وعشرون، فإذا قبضها قال: بقي لي خمسون أنت شريكي فيها.

وقوله: (**باثْنَيْ عَشَرَ وَنِصْفٍ وَسِتَّةٍ ورُبُعٍ**)؛ أي فإن لقي هذا الرابع الذي دفع خمسة وعشرين وخمسة وعشرين خامسًا، فالخمسة والعشرون التي دفعها عن نفسه لا رجوع له بها، وقد دفع عن الخامس وعن صاحبه خمسة وعشرين تنوبه منها اثنا عشر ونصف، فإذا قبضها قال: بقيت لي اثنا عشر ونصف وأنت شريكي فيها، فإن لقي الخامس السادس

الذي دفع اثنا عشر ونصفاً عن نفسه وستة وربعاً بالحمالة سادسًا لم يأخذ الخامس من السادس إلا ستة وربعاً؛ لأنها هي التي أداها عنه وحده.

تنبيهات:

الأول: ما ذكرناه من صورة العمل هو الذي حسب الفقهاء كلهم المسألة عليه، وذهب أبو القاسم الطبري الفارض إلى أن العمل على هذا غلط في الحساب، وأن صورة التراجع مثلاً من الثاني على الثالث يجب أن يكون على غير هذا العمل، بل إذا التقى الثالث مع أحد الأولين يطلبه بالاعتدال معه في الغرم عن الثالث، فيقول: كنا اجتمعنا باجتماع بعضنا ببعض، ولو اجتمعنا لكان المال علينا أثلاثاً مائتان على كل واحد، فعلي مائتان غرمتها أنت وصاحبك عني فخذ واحدة أنت، فهي التي تقع لك وادفع إلى صاحبك المائة التي دفعها عني إذا لقيته فيستوفي في كل واحد مائتين كما لو اجتمعنا في دفعة، وهكذا إذا لقي الثالث الرابع وهكذا بقيتها.

التنبيه الثاني: قول المصنف: **(فلو لقي... احدهم فاخذ منه)** هل له أن يأخذ الجميع من أحدهم، وإن كانوا حاضرين أو يشترط تعذر الوفاء من بقيتهم؟ فيه تفصيل: إن قال لهم صاحب الدين: أيكم شئت أخذته بحقي فله أخذ أحدهم بالجميع، كان الباقي حضوراً أملياء أم لا، وإن لم يقل: أيكم شئت أخذته بحقي لم يكن له أن يأخذ بعضهم ببعض إلا في العدم؛ لأن الحميل لا يؤخذ بالحق في ملاء الغريم وحضوره على الرواية المشهورة.

ابن يونس: وليس للغريم فيها إذا اشترط أنه يأخذ بحقه من شاء منهم أن يرجع على كل واحد من أصحابه إلا بما عليه من أصل الدين؛ لأنه لم يؤدِّ مع هذا الشرط بالحمالة، بل صارَ كل واحد غريماً لصاحبِ الدين، وسواء كانت حمالة بعضهم عن بعض وهم شركاء في سلعة أو حمالة عن غيره.

التنبيه الثالث:

اعلم أن هذه المسألة على وجهين: **أحدهما:** أن يكون الحملاء غرماء بأن يشتروا سلعة وهي التي ذكرها المصنف، **والثاني:** أن يكونوا حملاء ليسوا بغرماء؛ أي يتحملوا بدين هو على غيرهم، ولم يتعرض المصنف لهذا الوجه.

ولا خلاف في مسألة المشترين أن من دفع يطالب صاحبه الذي يلقاه بما يقع عليه من المال، ولا يأخذ منه المائة التي تلزمه في خاصَّته، ويقتسمان ما بقي، وأما إن كان الحقُّ على غيرهم فاختلف إذا أخذ الحق من بعضهم ثم لقي الآخر هل يقاسمه بالسواء في الغرم، وإليه ذهب ابن لبابة والتونسي وغيرهما.

قالوا: لأنهم سواء في الحمالة وليس يخص أحدهم ما لا يخص غيره، أو إنما يقاسمه بعد إسقاط ما يخصه كالأول، وإليه ذهب كثير من الأندلسيين، ونحوه في المدونة وفي سماع أبي زيد في المستخرجة ؟ وجعلوا ما ينوب كل واحد من [٥٤٧/ أ] المال وهي مائة بالحمالة كما لو كان عليه دين، ونص المسألة على الوجه الثاني من المدونة.

مالك: وإذا تكفل ثلاثة رجال بمال على رجل حمالة مبهمة فأعدم الغريم، لم يكن للطالب على من لقي من الحملاء إلا ثلث الحق، إلا أن يشترط في أصل الكفالة أن بعضهم حميل عن بعض، فحينئذٍ إن غاب أحدهم أو عدم أخذ من وجد منهم مليئاً بجميع الحق، وإن لقيهم أملياء لم يأخذ من كل واحد إلا ثلث الحق؛ إذ لا يتبع الكفيل في حضور الغريم وملائه.

ولو شرط: أيكم شئت أخذته بحقي، ولم يقل: بعضكم كفيل ببعض، فليأخذ أحدهم بجميع الحق وإن كانوا حضوراً أملياء، ولا رجوع للغارم على أصحابه؛ إذ لم يؤدِّ بالحمالة عنهم، ولكن عن الغريم، ولو قال: بعضكم كفيل ببعض وقال مع ذلك: أيكم شئت أخذته بحقي، أو لم يقل، فإنه إن أخذ من أحدهم في هذا جميع المال رجع الغارم على أصحابه إذا لقيهم بالثلثين، وإن لقي أحدهم رجع عليه بالنصف. وذكر ابن حبيب عن

جميع أصحاب مالك مثل ما في المدونة؛ أعني أنه لا رجوع للغريم على أصحابه فيما إذا قال: أيكم شيئت أخذته بحقي.

اللخمي: وقال محمد: له أن يرجع على أصحابه إذا كانوا أربعة على كل واحد بربع الحق، والقول الأول أبين ومجمل قوله: أنه إنما يأخذ من شاء منهم على الغريم حتى يتبين أنه إنما يأخذه بذلك عن أصحابه.

ابن حبيب: وقال ابن الماجشون في من باع شيئاً من رجلين وشرط أن يأخذ أيهما شاء بجميع الثمن، أو تحمل له رجلان بدين وشرط عليهما ذلك، فشرطه باطل، وليس له اتباع أحدهما بأكثر من نصيبه إلا في عدم صاحبه أو غيبته كالحمالة المبهمة، وقاله ابن كنانة وأشهب، وقول ابن القاسم بلزوم الشرط أظهر؛ لأن الناس عند شروطهم، وقد اختلف قول مالك في الحميل المبهم فكيف بالشرط ؟ وقاله أصبغ وابن حبيب.

فرع:

ويتنزل منزلة حمالة بعضهم عن بعض ما رواه ابن وهب عن مالك في المدونة: إذا كتب الرجل حقه على رجلين وشرط أن حيَّكما عن ميتكما ومليئكما عن معدمكما، فكذلك حمالة أحدهما عن الآخر.

التنبيه الرابع: **المازري**: أفردت جماعة من الأشياخ لمسألة الستة حملاء تأليفاً، ولم يذكر المصنف إلا ابتداء العمل؛ فرأينا أن نكمله حتى يؤدي كل واحد مائة، فإني رأيت نفوس الطلبة عند إلقائها تطلب تمام عملها، وربما صعب ذلك عليهم وهأنا أذكره على ما قاله المازري، فأقول:

إذا غرم الأول ستمائة، ثم لقي أحدهم فأخذ منه ثلاثمائة كما تقدم، ثم إن لقي الأول ثانياً قال له: غرمت ثلاثمائة عن نفسي مائة أصالة ومائتين بالحمالة عن أربعة أنت أحدهم،

يلزمك في خاصتك خمسون ويبقى مائة وخمسون، وعليك نصف ما بقي، وهو خمسة وسبعون، فجميع ما يأخذ منه مائة وخمسة عشرون، فصار جميع ما أخذ من صاحبه مائة وخمسة وعشرين، ويبقى مما أدى بالحمالة خمسة وسبعون، ثم إن لقي ثالثًا قال له: أديت بالحمالة خمسة وسبعين عن ثلاثة أنت أحدهم فادفع إليَّ ثلثها خمسة وعشرين ونصف ما بقي مما أديت بالحمالة، فإنك به معي حميل، فجميع ما يأخذه منه خمسون وتبقى له خمسة وعشرون، ثم إذا لقي رابعًا قال له: بقي لي مما أديت بالحمالة خمسة وعشرون هي عليك وعلى صاحبك السادس فأعطني نصفها اثني عشر ونصفاً ونصف ما بقي، وذلك ستة وربع، فجميع ما يأخذ منه ثمانية عشر وثلاثة أرباع، وبقي له مما غرم ستة وربع، ثم إذا لقي السادس أخذها منه، فهذا كمال عمل الأول، ثم تعود إلى الذي يليه وهو الثاني الذي لقيه أولاً وغرم ثلاثمائة، فإذا لقي الذي يليه وهو الثالث الذي كان غرم للأول أيضاً مائة وخمسة وعشرين، فيقول له: أنا [٥٤٧/ ب] قد أديت بالحمالة من هذه الثلاثمائة التي غرمت مائتين عن أربعة نصيبك منها خمسون، فيأخذها منه فتبقى مائة وخمسون أنت معي بها حميل، فيقول هذا الثالث: قد أديت أنا أيضاً بالحمالة للأول خمسة وسبعين سأؤتيك في مثلها، وتبقى لك خمسة وسبعون فخذ نصفها سبعة وثلاثون ونصف، فجميع ما يأخذ منه سبعة وثمانون ونصف، فجميع ما أدى هذا الثالث للأول والثاني مائتان واثنا عشر ونصف، وبقي للثاني مائة واثنا عشر ونصف مما أدى بالحمالة؛ لأنه أدى ثلاثمائة منها عن نفسه ومائتان بالحمالة، رجع إليه مما أدى بالحمالة سبعة وثمانون ونصف المائتين، فالباقي له مما أدى بالحمالة مائة واثنا عشر ونصف، ثم إذا لقي الرابع الذي كان غرم للأول خمسين، قال له: بقي لي مما أديت بالحمالة مائة واثنا عشر ونصف على ثلاثة أنت أحدهم يلزمك ثلثها في خاصتك، وهي سبعة وثلاثون ونصف فيأخذها منه، ويقول له: بقيت لي خمسة وسبعون أنت معي بها حميل، فأعطني نصفها، فيقول له هذا

الرابع: قد وديت أنا بالحمالة للأول خمسة وعشرين، سأؤتيك في مثلها وبقيت لك خمسون فخذ نصفها، فجميع ما أخذ منه اثنان وستون ونصف، فجميع ما أدى الرابع للأول والثاني مائة واثنا عشر ونصف، فيبقى للثاني مما أدى بالحمالة خمسون، ثم إن لقي الخامس قال له: بقي لي مما أديت بالحمالة أيها الخامس عنك وعن السادس خمسون عليك نصفها خمسة وعشرون فيأخذها منه ويقول له: بقيت لي عليك خمسة وعشرون بالحمالة أنت معي بها حميل، فيقول الخامس: قد أديت أنا أيضاً ستة وربعاً سأؤتيك في مثلها، وبقيت لك ثمانية عشر وثلاثة أرباع عليَّ نصفها، وذلك تسعة وثلاثة أثمان، فجميع ما أدى له الخامس أربعة وثلاثون وثلاثة أثمان، وجملة ما أدى هذا الخامس للأول ثمانية عشر وثلاثة أرباع، وللثاني أربعة وثلاثون وثلاثة أثمان، فجميع ذلك ثلاثة وخمسون وثمن، وبقي هذا الثاني يطلب خمسة عشر وخمسة أثمان، فإذا لقي السادس أخذها منه، ثم إن الثالث الذي غرم للأول والثاني مائتين واثني عشر ونصفاً إذا لقي الرابع قال له: بقي لي مما أديت بالحمالة مائة واثنا عشر ونصف على ثلاثة أنت أحدهم فأعطني ثلثها، وهو سبعة وثلاثون ونصف فيأخذها منه ويقول له: بقي لي مما أديت بالحمالة خمسة وسبعون أنت معي بها حميل، فيقول له هذا الرابع: قد أديت أنا أيضاً بالحمالة للأول خمسة وعشرين وللثاني خمسة وعشرين وذلك خمسون سأؤتيك في مثلها، وبقيت لك خمسة وعشرين فخذ نصفها اثني عشر ونصفاً، فيصير جميع ما أخذ منه خمسين، وجميع ما أدى هذا الرابع للأول والثاني والثالث مائة واثنان وستون ونصف، ثم إن لقي الخامس قال له: بقيت لي مما أديت بالحمالة اثنان وستون ونصف عنك وعن السادس عليك منها نصفها أحد وثلاثون وربع، فيأخذها منه، ثم يقول له: بقي لي أحد وثلاثون وربع أنت معي بها حميل، فيقول له هذا الخامس: قد أديت أنا أيضاً بالحمالة للأول ستة وربعاً، وللثاني تسعة وربعاً وثمناً وذلك خمسة عشر ونصف وثمن سأؤتيك في مثلها، وبقيت لك خمسة عشر ونصف

وثمن أيضاً علي نصفها سبعة وثلاثة أرباع ونصف وثمن فيدفعها إليه فيصير جميع ما أخذ منه تسعة وثلاثين ونصف ثمن تبقى سبعة وخمسون وثمن فخذ نصفها ستة وعشرين ونصفاً ونصف ثمن، ويصير جميع ما أدى هذا الخامس للأول والثاني والثالث اثنين وتسعين وثمني نصف ثمن، ثم إن الثالث لقي السادس فيقول له: بقي مما أديت عنك بالحمالة ثلاثة وعشرون وربع وثمن نصف ثمن، فيأخذها منه، فيذهب هذا الثالث وقد غرم مائة، ثم إن الرابع الذي غرم للأول والثاني والثالث مائتين واثنين وستين ونصفاً لقيَ الخامس فيقول له: بقي لي مما أديت بالحمالة اثنان وستون ونصف عنك وعن السادس، عليك منها نصفها أحد وثلاثون وربع فيأخذها منه ثم يقول له: بقيت لي أحد وثلاثون وربع وأنت معي بها حميل، فيقول له هذا الخامس: قد وديت أنا أيضاً بالحمالة للأول والثاني والثالث ثلاثة وعشرين وثلاثة أثمان ونصف ثمن سأؤتيك فيها وبقيت ستة وسبعة أثمان ونصف ثمن عليَّ نصفها ثلاثة وسبعة أثمان وربع ثمن، فيأخذها منه ويصير جميع ما يأخذ الرابع من الخامس خمسة وثلاثين وثمناً وربع ثمن، وجميع ما ودى الخامس للأول والثاني والثالث والرابع مائة وسبعة وعشرون وربع وثلاثة أرباع ثمن، وبقي الرابع يطلب سبعة وعشرين وربعاً وثلاثة أرباع ثمن، ثم إنه لقي السادس فيأخذها منه فيذهب وقد أخذ مائة، ثم الخامس لقي السادس وقد كان أدى للأول والثاني والثالث والرابع مائة وسبعة وعشرين وربعاً وثلاثة أرباع ثمن عليه منها مائة بقي يطلب سبعة وعشرين وربعاً وثلاثة أرباع ثمن، فيأخذها من السادس فيذهب وقد غرم مائة، فيذهب السادس وقد غرم مائة؛ للأول ستة وربعاً، وللثاني خمسة عشر وخمسة أثمان، وللثالث ثلاثة وعشرين وثلاثة أثمان ونصف ثمن، وللرابع سبعة وعشرين وربعاً وثلاثة أرباع ثمن وللخامس مثلها جميع ذلك مائة، والله أعلم.

الْمَضْمُونُ شَرْطُهُ أَنْ يُمْكِنَ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الضَّامِنِ أَوْ مَا يَتَضَمَّنُهُ كَضَمَانِ الْوَجْهِ

الرُّكن الرَّابع (**الْمَضْمُونُ**) أي الحق الذي يضمن (**شَرْطُهُ أَنْ يُمْكِنَ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الضَّامِنِ**) ليتحرز من الجراح والقتل والحقوق البدنية، فإنها لا يمكن استيفاؤها من الضامن، ومن ضمان المعينات كما سيأتي.

وقوله: (**أَوْ مَا يَتَضَمَّنُهُ**) يحتمل أن تكون (**مَا**) موصولة أو نكرة موصوفة، فالذي يتضمن الاستيفاء ضمان الوجه لاستلزامه المال، فإن قلت: بقي عليه ضمان الطلب فإنه يصح ولا يمكن استيفاؤه، قيل: لا نسلم أنه لا يمكن استيفاؤه؛ لأن الحق هنا هو الطلب، وهو يمكن استيفاؤه من الضامن، ووقع لأصبغ في الواضحة في الفاسق المتعسف على الناس بالقتل وأخذ المال فيؤخذ فيعطي الحملاء بما عليه من القتل وأخذ مال أنهم يؤخذون بما يؤخذ به إلا أنهم لا يقتلون.

فضل بن سلمة: انظر هل أراد أنهم يؤخذون بالمال خاصة أو به وبالدية في القتل.

عياض: وهو على هذا التأويل موافق لعثمان البتي في قوله: يلزم الحميل في القتل والجراح إذا لم يأت به دية القتل وأرش الجراح، وفي مفيد الحكام: لأصبغ: لا بأس بالضمان في الجراح التي تئول إلى المال.

المازري: ولو كانت الحدود التي هي حق الله تعالى إنما تثبت بالإقرار لكان التكفل بالطلب للمقر جائزاً على القول عندنا أن للمقر الرجوع عن إقراره وإن لم يظهر له عذر على القول بأن هروبه كالرجوع عن الإقرار.

واختلفت الروايات في حديث الغامدية هل كفل بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أقرت بالزنى وهي حامل حتى تضع أم لا ؟

ابن عبد السلام: وقوله: (إن هروب الجاني دليل على رجوعه عن إقراره) ليس بالبين؛ لاحتمال أن يكون هروبه من ألم الحد مع تماديه على صحة الإقرار.

فَلا يَصِحُّ ضَمَانُ مَبِيعٍ مُعَيَّنٍ مُطْلَقاً بِإِحْضَارِ مِثْلِهِ إِنْ هَلَكَ

أتى بالفاء؛ لأنه مسبب عما قبله.

وقوله: (**مُطْلَقاً**) أي سواء كان مقوماً [٥٤٨/ أ] أو مثلياً وهو مقيد بغير النقدين، فيصح ضمانهما ولو عينت على مذهب المدونة؛ لأنه إنما تجوز المعاوضة عليها عنده على شرط الخلف اللهم إلا بالنسبة إلى الصَّرف فهما كالعروض.

وقوله: (**إِنْ هَلَكَ**) أي قبل أن يقبضه المشتري، وفي معنى الهلاك الاستحقاق.

ولو اشترى سلعةً من رجل على أنها إن استحقت فعلى البائع خلاصها، وضمن البائع في ذلك غيره، ففي المدونة قال ابن القاسم: إن استحقت انفسخ البيع ولا تلزم الحمالة وقال غيره: تلزمه وهو أدخل المشتري في غرم ماله، فعليه الأقل من قيمه السلعة يوم تستحق، والثمن الذي أدى إلا أن يكون الغريم مليئاً حاضراً فيبرأ، وروي هذا أيضاً عن ابن القاسم ودخل تحت قوله: (**معيناً**) خدمة معين، فقال ابن القاسم في من استأجرته شهراً: لم يجز أن تأخذ منه حميلاً.

وأَنْ يكُونَ دَيْناً مُسْتَقِرّاً أَوْ آيلاً إِلَيْهِ

يعني: معلوماً أو مجهولاً (**وأَنْ يكُونَ**) معطوف على قوله: (**أَنْ يُمْكِنَ اسْتِيفَاؤُهُ**) أي وشرطه أن يكون ديناً مستقراً أو آيلاً إلى الدين المستقر، ولا أعلم في هذه الشروط في المذهب خلافاً إلا ما سيأتي في الكتاب.

فَيَصِحُّ ضَمَانُ الْمَجْهُولِ، وَقبلَ وُجُوبِهِ

هذا كالنتيجة عما قبله ولهذا عطفه بالفاء، ولا فرق في المجهول بين أن يكون حاصلاً أو سيحصل، ويصح ضمان المجهول لأن غاية ذلك أن يكون كهبته، وهي جائزة عندنا.

قال في المدونة: ومن قال لرجل: ما كان لك قبل فلان الذي تخاصم فأنا به حميل؛ فاستحق قبله مالاً، كان هذا الكفيل ضامناً، ولا إشكال إن ثبت الدين ببينة وإن أقر له بعد الضمان، فقولان، واستقرأهما عياض وغيره من المدونة.

ابن المواز: وأما ما أقر به قبل الحمالة فليزمه غرمه، وقيد ابن يونس القول بأنه لا يلزمه بالإقرار بها إذا كان الغريم معسراً، وأما الموسر فلا تهمة فيه؛ لأنه إن بدأ الكفيل بالغرم على أحد قولي مالك رجع الكفيل على الغريم.

ومما يدخل تحت كلام المصنف قوله في المدونة: ومن قال لرجل بايع فلاناً أو داينه فما بايعته به من شيء أو داينته فأنا ضامن له، لزمه ذلك إذا ثبت مبلغه. قال غيره: وإنما يلزمه من ذلك ما يشبه أن يداين به المحمول عنه.

ابن يونس وصاحب البيان: وهو تفسير. **المازري**: وهو الأظهر.

ابن عبد السلام: وللشيوخ كلام في قول الغير: هل هو تقييد أو خلاف قال في المدونة: ولو لم يداينه حتى أتاه الحميل فقال: لا تفعل فقد بدا لي في الحمالة، فذلك له بخلاف قوله: احلف وأنا ضامن، ثم رجع قبل اليمين لا ينفعه رجوعه؛ لأنه حق، وأجاب ابن يونس: لأن من حجة المدعي أن يقول: أنا ادعيت أن لي عليك كذا، وقد أحل هذا نفسه محل المدعى عليه، فكما لو قال المدعى عليه: احلف لي وأنا أغرم، لا يكون له رجوع، فكذلك هذا، والذي قال: عامله وأنا ضامن، كقول المعامل نفسه: عاملني وأنا أعطيك حميلاً، فكما لهذا أن يرجع فلهذا أن يرجع.

وذكر المازري عن بعض أشياخه أنه إنما يرجع إذا أطلق، وأما إن قيد فقال: عامله بمائة دينار فلا رجوع له، وأنكر غيره هذه التفرقة، ورأى أن له الرجوع مطلقاً قبل المعاملة.

قال: وبعض أشياخي يجري هذا على الخلاف في الهبة هل تلزم بالقول أم لا؟ انتهى.

وقد يخرج في مسألة الضمان خلاف من الخلاف في لزوم العدة، وقد حكى في البيان في كتاب العارية أربعة أقوال:

أحدها: أنها تلزم ويقضى بها، وإن لم تكن على سبب، وروي عن عمر بن عبد العزيز أنه قضى بها.

والثاني: يقضى بها إن كانت على سبب، وإن لم يدخل في السبب، ولا يقضى بها إن لم تكن على سبب، وهو قول أصبغ في كتاب العدة، وقول مالك في كتاب العارية من العتبية.

الثالث: لا يقضى بها وإن كانت على سبب حتى يدخل في ذلك السبب، وهو قول سحنون في كتاب العدة من العتبية.

الرابع: أنها لا تلزم وإن كانت على سبب دخل فيه، وهو الذي يأتي على ما رواه أشهب وابن نافع عن مالك في الموازية والعتبية، وإن مات وعليه دين لا يدرى كم هو، فتحمَّل بعض ورثته بجميعه نقداً أو إلى أجل على أن يخلَّى بينه وبين ماله، فإن كان على أنه إن فضل شيء فبينه وبين بقية الورثة جاز؛ لأن ذلك معروف وطلب خير للميت ولورثته، وإن كان الفضل له والنقص عليه لم يجز؛ لأنه غرر إلا أن يكون الوارث واحداً.

ولو طرأ غريم لم يعلم به فعلى الآخر الغرم، ولا يلزمه قوله: لم أعلم به وإنما تحمَّلت بما علمت.

ابن دحون: وإنما جازت للمسامحة وأصلها المنع لما فيها من الجهالة.

مالك: وإن مات وعليه ثلاثة آلاف ولم يترك إلا ألفاً وله ولد واحد لا يرثه غيره، فسأل غرماء أبيه أن يدعوا الألف بيده وينظروه سنتين ويضمن لهم بقية دينهم، فرضوا بذلك جاز.

ابن القاسم: وبلغني عن ابن هرمز مثله.

وَلا يَصِحُّ بِالْكِتَابَةِ وَلا بِالْجُعْلِ قَبْلَ الْعَمَلِ

لأن هذا ليس بدين لازم، ولهذا لو عطفه بالفاء لكان أولى؛ لأن المكاتب لو عجز عنه رجع رقيقاً والحميل يحل محل المتحمل عنه، فإذا كان الدين ليس ثابتاً على الأصل فأحرى فرعه، وهو الحميل، وهذا هو المعروف، وقال محمد بن عبد الحكم: لا بأس بالحمالة بالكتابة كما لو تحمل رجل عن عبد غير مأذون له بالتجارة بمال أو عن رجل في ولاية بشيء اشتراه أحدهما أن ذلك يلزمه. وإن ذهب ماله باطلاً فهو الذي رضي بهذا.

ابن يونس: [٥٤٨/ ب] ولا أعلم أن لي في هذا القول رواية، وذكر المازري أن بعض الأشياخ خرَّج قولاً بجواز الحمالة بالكتابة من قول أشهب في من قال لرجل: كاتب عبدك وعلي مائة دينار؛ لأن الحمالة بالكتابة عند هذا المخرج إنما منعت؛ لأن المقصود من الحميل حصول العتق للمكاتب، فإذا عجز لم يحصل العتق ووجب بطلان الحمالة.

وهذا المعنى حاصل في مسألة أشهب، فإذا لم يكن معتبراً عنده فيها وجب ألا يعتبر في الكتابة، وردَّهُ المازري بأن من كاتب عبده على أن أعطاه حميلاً بالكتابة فقد أعطاه حميلاً بدين قد لا يثبت، فلم يصح ذلك، وفي مسألة أشهب إنما دفع إليه مالاً على أن يستأنف الكتابة فيرفع حقه في بيع العبد وانتزاع ماله والحجر عليه، فصار هذا كالمعاوضة، قال: وهذا مما ينظر فيه لإشكاله.

فرع:

والمنع إنما هو مع عدم اشتراط تعجيل العتق، وأما لو تحمل رجل بالكتابة على شرط التعجيل فهو جائز، ويكون للحميل الرجوع على المكاتب، قاله في المدونة.

قوله: **(وَلا بِالْجُعْلِ قَبْلَ الْعَمَلِ)** قرره ابن راشد وابن عبد السلام على أنها منعت قبل وجازت بعد الشروع، وفيه نظر من وجهين:

أما أولاً: فإنه وإن لم يكن ديناً لازماً في الحال، ولكن يستلزم فيدخل تحت قول المصنف: (**أَوْ آيلاً إِلَيْهِ**).

وأما ثانياً: فلأن الذي نقله المازري صحة الضمان بالجعل، ولفظه: ومنها -أي من الحقوق المالية - ما ليس بعقد لازم كالجعالة على مذهب من يرى أن الجعل لا يلزم بالعقد كقوله: إن جئتني بعبدي الآبق فلك عشرة دنانير، فهذا تصح الحمالة به أيضاً قبل المجيء بالآبق، فإن جاء به لزم الحميل ما تحمل به، وإن لم يأتِ به سقطت الحمالة.

وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْوَجْهِ وَإِنْ كَانَ مُنْكَراً

ضمان الوجه عبارة عن الإتيان بالغريم الذي عليه الدين وقت الحاجة، ولم يختلف في صحة ذلك عندنا.

وقوله: (**وَإِنْ كَانَ مُنْكَراً**). **ابن عبد السلام**: ليس هذا موضعاً للمبالغة كما فعل المصنف؛ لأن المنكر يحتاج إلى إقامة البينة عليه فلابد من حضوره في موضع القاضي لتوقع البينة الشهادة على عينه، وأما المقر فلا يحتاج إلى ضمان الوجه في حقه في أكثر المسائل، وإنما يحتاج في الغالب إلى ضمان المال، ولهذا ذهب بعض الشافعية إلى صحة ضمان الوجه في حق المنكر دون المقر، فلو قال: (ولو كان مقراً) لكان أولى.

وَيَلْزَمُهُ إِحْضَارُهُ

هذا لا خلاف فيه؛ أي يلزم حميل الوجه إحضار المتحمل عنه وهو الذي ضمن.

وَيَبْرَأُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ اشْتِرَاطِهِ أَوْ بِبَرَاءَتِهِ مِنْهُ أَوْ سَجْنٍ

لا يلزم إحضاره عند الحاكم، إلا أن يشترط ذلك، حكاه صاحب الكافي.

وقوله: **(فِي مَكَانِ اشْتِرَاطِهِ)** هذا إذا كان مكان الاشتراط باقياً على حاله تجري فيه الأحكام، وأما إن خرب فصار لا تجري فيه الأحكام، فهل يبرأ بإحضار الغريم فيه أم لا؟ قولان ذكرهما محمد بن عبد الحكم وكذلك، ذكر القولين إذا أحضره بغير بلد الاشتراط بحيث تأخذه فيه الأحكام، حكاهما ابن عبد الحكم.

المازري: وهذا عندي يلاحظ مسألة الشرط الذي لا يفيد، وقد يكون هذا الشرط مفيداً كما إذا كان البلد المشترط إحضاره فيه هو موضع سكنى البينة، أو كان الحق غير عين وللطالب غرض في أخذه بمحل الاشتراط. قال في المدونة: وإن دفعه إليه بمكان فيه حاكم فيبرأ، وإن دفعه إليه في بلد لا سلطان فيه أو حال فتنة أو مفازة أو بمكان يقدر الغريم على الامتناع فيه، لا يبرأ الحميل حتى يدفعه إليه بموضع يصل إليه أو به سلطان.

وقوله: **(أَوْ بِبَرَاءَتِهِ)** أي ببراءة رب الدين للحميل من الحمالة.

(أَوْ سَجْنٍ) هو كقوله في المدونة: وإذا حضر المحمول عنه بعينه فدفعه الحميل إلى الطالب وهو في السجن برئ؛ لأن الطالب قادر على أخذه من السجن ويحبس له في دينه بعد تمام ما سجن فيه، اللخمي والمازري: وسواء سجن بحق أو باطل لإمكان أن يحاكمه عند القاضي الذي حبسه، فإن منع هذا الطالب منه ومن الوصول إليه، فيجري ذلك مجرى موته؛ وموته يسقط الكفالة.

فروع:

الأول: ما ذكره المصنف من البراءة بالتسليم إنما هو إذا لم تكن الكفالة مؤجلة، أو كانت مؤجلة وحل الأجل لا إن لم يحل ككون من له الدين لم يستحق الطلب، فلا يفيده إحضاره للغريم وهو لا يستحق طلبه، قاله المازري وغيره.

الثاني: إذا أسلمه الغريم وهو عديم، وهو مذهب المدونة أنه يبرأ، وهو الذي يؤخذ من قوله: **(وَيَبْرَأُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ اشْتِرَاطِهِ)** إذا لم يشترط الملاء، وروى ابن الجهم عن مالك أنه لا يبرأ، وقال به ابن اللباد.

الثالث: مذهب المدونة وهو المشهور أن الغريم لو سلم نفسه للطالب وأشهد أنه دفع نفسه إليه وقال له: أسقط الكفالة عن من تكفل بوجهي أن الكفالة لا تسقط. قال في المدونة: ولو كان في موضع تنفذ فيه الأحكام إلا أن يسلمه الحميل بنفسه أو وكيله.

ابن المواز: أو يقول الحميل للغريم اذهب فسلم نفسك، ولا يكون الغريم كوكيل له، وقال ابن عبد الحكم: يبرأ الكفيل بتسليم الغريم نفسه.

المازري: واختاره بعض أشياخي، وكذلك أيضاً على المشهور لا تسقط الحمالة إذا أسلمه له أجنبي، بل لابد أن يسلمه هو أو وكيله.

الرابع: لو شرط الحميل بالوجه أنك إن لقيت غريمك سقطت الكفالة عني، اعتبر هذا الشرط إن لقيه بمكان تناله فيه الأحكام لا إن لم تنله، قاله في العتبية.

وَإلا غَرِمَ بَعْدَ أَجَلٍ خفِيفٍ، وقِيلَ: بِغَيْرِ أَجَلٍ، وقِيلَ: لا يَغْرَمُ

يعني: [٥٤٩/أ] وإن لم تحصل براءة الحميل بأحد الوجوه المذكورة غرم على المشهور، وعليه فالشهور أنه يتلوم له، وهو معنى قوله: (**بَعْدَ أَجَلٍ خفِيفٍ**) وهو مذهب المدونة والعتبية والموازية.

وقال ابن وهب: لا يتلوم له، وقيل: لا يغرم، وهو مقابل لما أصله في صدر المسألة من الغرامة.

وهذا القول لابن عبد الحكم، ووجهه أنه إنما التزم إحضار الغريم وذلك لا يدل على التزام المال على المشهور من إثبات التلوُّم. ففي المدونة: وإن كان الغريم حاضراً أو غائباً قريب الغيبة مثل اليوم وشبهه تلوم السطان للحميل، فإن أتى به بعد التلوم فلا شيء عليه وإلا غرم، وإن بعدت غيبة المكفول غرم مكانه، فحد الغيبة القريبة اليوم وشبهه.

المازري: وقيل: هي يومان وقيل: ثلاثة، واختار بعض الأشياخ اليوم؛ لأنه مقدار ما يتلوم في الحضور، وهل ذلك ثلاثة أيام لكون الحميل يسافر ليأتي بالمكفول مسافة يوم، ويتأخر يوماً في طلبه، ويأتي به في اليوم الثالث؟ وإذا قيل: يومان، اقتضى ذلك خمسة أيام، يومان في السفر ومثلهما في القدوم ويوم الإقامة في طلبه، والقول بالثلاثة أبعد؛ لأن ذلك يقتضي عندي سبعة أيام، والأصح عندي في هذا مراعاة الضرر فينفي عن الطالب ضرر التأخير الذي يضر به، وينفي عن الحميل ضرر الاستعجال الذي يضر به.

فرع: وهل يتلوم لضامن المال إذا غاب الأصل أو أعدم؟ قولان لابن القاسم.

فَلَوْ حُكِمَ بِالْغُرْمِ فَفِي سُقُوطِهِ بِإِحْضَارِهِ قَوْلانِ

يعني: إذا حمل القاضي على حميل الوجه بالغرم لعدم الغريم، ثم أحضره فهل يسقط عنه الغرم بإحضاره؛ لأنه إنما غرم لغيبته وقد وجدوا الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، وهو قول سحنون، أو يقال هو حكم مضى وهو مذهب المدونة والمشهور ؟ وعلى قول سحنون إذا دفع الضامن المال قبل الإحضار مضى، وذكر عياض أنه المشهور، وقول سحنون على خلاف هذا الوجه؛ لأنه قال بعد ذكر ما في المدونة: إن كان قد حكم على الحميل بالغرم مضى الحكم، واختلف الشيوخ في المراد بالحكم هل هو شهادة الحاكم على الحميل بالغرم، وهو قول عبد الملك، وقال بعضهم: بل القضاء عليه بالمال ودفعه لربه، وأما إن لم يغرم فيسقط إذا أتى بالغريم، ومثله في سماع عيسى، ونحوه عن سحنون. انتهى بمعناه.

ونقل اللخمي وابن يونس القولين، كما نقلهما المصنف، وإذا فرعنا على المشهور أنه لا يسقط الغرم عن الضامن بحضور الغريم، فقال ابن يونس وغيره: يبقى للطالب التخيير إن شاء اتبع الغريم أو الحميل.

فرع:

لو غاب الغريم فأراد كفيل الوجه أن يثبت فقره ليسقط، فإنه لو حضر وهو فقير لم يلزم الحميل غرم، فقال اللخمي: له ذلك ولا غرم عليه إذا ثبت ذلك؛ لأن يمين الغرم على العدم استظهار. وقال المازري: يجري فيها قولان؛ لأن الفقر إذا ثبت بالبينة لم يحلف الغريم على ذلك؛ أي: فهل يحلف الغريم لتعذر هذه اليمين، أو لا لأنها استظهار ؟ هذا معنى كلامه.

فرع:

وأما لو أغرم الحميل ثم أتت بينة أن الغريم مات في غيبته قبل القضاء لرجع الحميل على رب الدين بما أدى إليه، قاله في المدونة، وغيرها.

فَلَوْ مَاتَ الْمَضْمُونُ لَمْ يَلْزَمِ الضَّامِنَ شَيْءٌ، وعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: إِذَا مَاتَ بَعْدَ الأَجَلِ لَزِمَ وإِنْ كُنْتُ قُلْتُ غَيْرَ هَذَا فَاطْرَحُوهُ....

أي: فلو مات الغريم وهو مراده بالمضمون ولم يكن حكم على حميل الوجه بالضمان لم يلزم الضامن شيء، وهو مذهب المدونة، وعلله فيها بأن النفس المضمونة قد ذهبت.

محمد: وهذا هو المعروف من قول مالك، وعليه جماعة من أصحابه، وعن ابن القاسم أيضاً في الموازية ما ذكره المصنف من القول الثاني، ونصه عند ابن يونس: **ابن القاسم**: وإن مات في غيبته وهي قريبة أو بعيدة لزم الغرم الحميل، إلا أن تكون الحمالة مؤجلة ويكون موت الغريم قبل الأجل بأيام كثيرة لو كلف الحميل المجيء به لخرج فيها ورجع قبل محل الأجل، فحينئذٍ تسقط عنه الحمالة ولا تلزمه.

ابن القاسم: وإن كنت قلت لكم في هذه المسألة غير هذا فاطرحوه وخذوا هذا. فظاهر، وصرح بذلك ابن القاسم في هذا القول في العتبية أنه لو مات بالبلد لم يلزم الكفيل شيء ولو مات بغيره لفصل كما ذكرنا، وإنما لزم الكفيل الغرم في هذا القول؛ لأن تفريطه في

الغريم حتى خرج عن البلد كعجزه عن إحضاره وهو حي؛ لأنه لو منعه من الخروج لحل الأجل عليه وهو بالبلد فيتمكن رب الدين من طلبه.

وعلى هذا فقول المصنف: **(وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: إِذَا مَاتَ بَعْدَ الأَجَلِ)** يريد: وبغير البلد، وقول ابن القاسم في هذه الرواية: (ويكون موت الغريم قبل الأجل بأيام كثيرة) مفهومه لو كان بأيام قليلة لكان الضمان أيضاً عليه وهو كذلك، ولكن اختلف في حد ذلك، فقال ابن القاسم في الموازية: إن بقي من أجل الدين ما لا يتحمل أن يذهب الكفيل فيأتي به لزمت الكفيل الغرامة، وقال ابن القاسم أيضاً في الواضحة: إن بقي من الأجل ما لو أقيل الغريم فيه لوصل عند الأجل فلا شيء على الحميل، وحمله على الوفاء على أن يأتي بنفسه من غير رسول، قاله اللخمي والمازري وغيرهما.

فرع: لو مات حميل الوجه فالمشهور أن الكفالة لا تسقط وكأنه التزم ديناً في ذمته خلافاً لعبد الملك، وكأنه على قوله إنما التزم ما يتعلق بعينه.

المازري: وعلى المشهور فإن كان الدين حالاً طُلِبت الورثة بإحضار الغريم، وإلا أخذ الحق من التركة، وإن كان ذلك مؤجلاً فإن الورثة أيضاً يطالبون بإحضار الغريم، فإن أحضروه سقطت الكفالة.

محمد: وتسقط إذا أحضره أحد الورثة وإن كان الدين مؤجلاً. ابن عبد السلام: هكذا حكى المازري [٥٤٩/ ب] عن محمد، والذي رأيته في الموازية بعد أن حكى قول عبد الملك.

محمد: يقال لورثته: جيئوا بالذي عليه الدين، وإلا ضمنتم.

التونسي: لم يذكر متى يجيئون به ولعله أراد عند حلول الأجل. انتهى.

ونقل اللخمي عن محمد مثل ما نقله المازري بناء على نقله.

وعارض الأشياخ المتأخرون هذا بأن إحضار الغريم قبل الأجل لا يفيد الطالب؛ إذ لا يقدر على طلبه حينئذٍ قال: ولعل محمداً رأى هذه الحوالة تحل بموت الحميل كما تحل بموت الغريم، وما ذلك إلا لما يلحق ورثته من الضرر في قسمة التركة، وقد يتعلق بها حق الطالب لإمكان أن يحل الأجل ويغيب الغريم.

فَلَوْ قَالَ: أَنَا حَمِيلٌ بِطَلَبِهِ وشِبْهَهُ طَلَبهُ بِسَفَرٍ مِثْلِهِ

هذا هو حميل الطلب، وقوله: (**بِطَلَبِهِ وشِبْهَهُ**) يحتمل أن يريد بالشبه نحو هذه الصيغة، كما لو قال: علي أن أطلبه، وقال ابن عبد السلام: تقع حمالة الطلب على وجهين:

الأول: أن يبتدئ الحمالة على ضمان الوجه، ويشترط الضامن إن لم يجده فلا شيء عليه من المال.

والثاني: أن يبتدئ الحمالة على ضمان الطلب، ولما أراد المصنف الجمع بينهما قال: (**فَلَوْ قَالَ: أَنَا حَمِيلٌ بِطَلَبِهِ وشِبْهَهُ**).

ابن المواز: ويلحق بقوله: (أضمن وجهه وأنا بريء من المال في عدم إغرامه المال) ما لو قال: (لا أضمن إلا وجهه)؛ أي لأنه استثنى وجهه بعد أن عمم نفي الضمان لكل شيء، واستشكل صاحب المقدمات والبيان قول محمد هذا، وقال: لا فرق بين قوله: (أضمن وجهه) وبين (لا أضمن إلا وجهه)، قال: وإنما يصح ما قاله محمد إذا كان لكلامه بساط يدل على إرادة الطلب فقط، كما لو قيل له: تحمل لنا بوجه فلان فإن جئت به فأنت بريء من المال، فيقول: لا أضمن إلا وجهه.

عياض: وتصح حمالة الطلب في كل شيء حتى في القصاص.

وقوله: (**طَلَبهُ بِسَفَرِ مِثْلِهِ**) الضمير في (**مِثْلِهِ**) عائد على الحميل، وكذلك قال في الجواهر، وقال اللخمي: إن لم يعلم موضعه وحيث توجه كان عليه أن يطلبه في البلد، وفيما قرب.

واختلف إذا عرف موضعه، فقال أصبغ: يطلبه على مسيرة اليوم واليومين، وحيث لا مضرة فيه. وقال ابن الماجشون: يخرج لطلبه قرب أو بعد، ما لم يتفاحش، فأما ما يكون من أسفار الناس فليخرج، أو يرسل أو يؤدي عنه.

ابن حبيب: والشهر ونحوه من أسفار الناس، وقال ابن القاسم في العتبية: يعتبر في هذا ما يقوى الكفيل عليه فيكلفه وما لا يقوى عليه فلا يكلفه، وقد حكى المازري هذه الثلاثة الأقوال وحكاها أيضاً صاحب البيان. قال بعد هذا: وحكى فضل عن ابن عبد الحكم أن السلطان يتلوم له فإن جاء به وإلا حبسه حتى يأتي.

والظاهر أن المصنف أراد بقوله: (**سَفَرِ مِثْلِهِ**) قول ابن الماجشون، فإن قلت: بل أراد قول ابن القاسم، قيل: لفظة: (يقوى) تعطي من الوسع ما يعطي (**سَفَرِ مِثْلِهِ**).

فإن قلت: لعل المصنف أراد إذا لم يعلم موضعه **قيل**: هناك لم يشترط سفر المثل، وإنما قالوا يطلبه في البلد وما قرب منه.

فرع: ولا يلزم حميل الطلب غرم، وإن لم يأت بالغريم إلا أن يمكنه بعد الأجل إحضاره، ففرط حتى هرب أو أنذره حتى هرب، قاله غير ابن القاسم في المدونة.

أبو الحسن: وهو تتميم وتفسير، وهكذا قال في العتبية؛ لأن فيها: وإن أثبت الطالب أنه خرج وأقام بقريته ولم يتمادى عاقبه السلطان بالحبس بقدر ما يرى، أو يأمره بإحضار صاحبه إن قدر عليه، وأما أن يضّمنه المال فلا، إلا إن يلقاه فيتركه فيضمن إن أثبت ذلك عليه، وكذلك إن كان غيبه في بيته ولم يظهره، ولهذا قال ابن الهندي: عليه أن يحلف ما قصر في طلبه ولا دلس فيه ولا يعلم له مستقر.

أبو محمد صالح: وهذا على القول بلحوق أيمان التهم، وظاهر ما لابن القاسم في العتبية تصديقه من غير يمين؛ لأن فيها: إذا خرج لطلبه ثم قدم وقال: لم أجده، وقال الطالب: من يعلم أنك بلغت الموضع، القول قول المحيل إن مضت مدة يبلغ فيها ويرجع.

اللخمي: وهو مثل قوله في المدونة في الأجير على تبليغ الكتاب يدعي أنه أوصله وخالفه غيره في الأجير، فيلزم على قوله أن يكلف الحميل إثبات وصوله ورده.

المازري: هذا التخريج بأن الأجير يطلب إثبات دين في ذمته، والدين لا يثبت في الذمة إلا ببينة، وأما الحميل فإنه إنما يبرئ نفسه من الطلب.

وَلَوْ شَرَطَ الأَجَلَ فِي الْحَالِ والْغَرِيمُ مُعْسِرٌ يُوسِرُ فِي مِثْلِهِ مَنَعَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وأَجَازَهُ أَشْهَبُ ....

يعني: لو شرط الضامن التأجيل بالدين الحالّ على الغريم والغريم حينئذٍ معسر يوسر قبل تمام الأجل، فهل يمنع لأن الزمان المتأخر عن يساره يعد صاحب الحق فيه مسلفاً - لأنه أخر ما عجل فيمتنع لأنه مسلف وقد انتفع بالحميل الذي أخذه من غريمه وهو قول ابن القاسم، وهذا على أن اليسار المترقب كالمحقق - أو يجوز؟ لأن الأصل استصحاب عسره، ويسره قد لا يكون، فلم يؤخره وكان المعسر تبرع بالضمان، وهو قول أشهب؟ أما إن لم يوسر إلا عند الأجل أو بعده فيجوز باتفاق، وهذا مفهوم من كلام المصنف.

وقوله: (**فِي مِثْلِهِ**) لفظة (مثل) زائدة؛ لأن المراد في الأجل قبل فراغه، ومعنى قولنا: (**يُوسِرُ**) قبله؛ أي الغالب عليه أن يوسر قبله كبعض أصحاب الغلات.

وفهم من قوله: (**والْغَرِيمُ مُعْسِرٌ**) أنه لو كان موسراً لجاز، وكذلك نص اللخمي عليه.

فَلَوْ كَانَ مُوسِراً بِالْبَعْضِ جَازَ ضَمَانُ أَحَدِهِمَا دُونَ الْجَمِيعِ

كما لو كان عليه مائتان وبيده مائة جاز أن يؤخر ما هو به موسر لضامن ولا مانع، وكذلك المعسر به لأنه تبرع لضامن، ولو ضمنهما منع لأنه سلف جر منفعة؛ إذ تأخيره بالمائة الموسر بها سلف، وانتفع بالضمان في المائة التي هو معسر بها، وقاله اللخمي وصاحب البيان.

وَلَوْ ضَمِنَ الْمُؤَجَّلَ حالا جَازَ

هكذا في المدونة: وجعل الرهن كذلك، قال: لأنه [٥٥٠/ أ] زيادة توثق، وأطلق كلام المصنف، وقيده ابن يونس بما إذا كان الحق مما له تعجيله، وأما إن كان عرضاً أو حيوانا من بيع فلا يجوز؛ لأنه (حط الضمان وأزيدك).

ابن عبد السلام: وليس هو ببين؛ لأن رب الدين ما أخذ زيادة في نفس الحق ولا منفعة ينتفع بها، وإنما قصد التوثق، وذلك يدل على أنه لا غرض له في التأخير ولا غرض للآخر في بقاء الدين في ذمته، وتظهر فائدته مع التأخير لا مع التعجيل. انتهى.

وقال اللخمي: إن أعطاه حميلاً ليتعجله قبل الأجل فإن كان الدين عيناً أو عرضاً من قرض جاز، وإن كان من بيع وكان قَصَد الغريم بتعجيله منفعة الطالب جاز، وإن أراد إسقاط الضمان عن نفسه لم يجز.

وَلَوْ عَلَّقَ الضَّمَانَ بِعَدَمِ وفَاءِ الأَصْلِ تَلَوَّمَ الْحَاكِمُ وأَلْزَمَهُ مَا لَمْ يَكُنْ مَلِيئاً حَاضِراً ....

أي: (**لو عَلَّقَ الضَّمَانَ بِعَدَمِ وفَاءِ الأَصْلِ**) فقال: (أنا ضامن لك بما على فلان إن لم يوفِّك حقَّك) فإن الضمان صحيح على الوجه الذي شرط، ويتلوم له القاضي بقدر ما يرى، ثم يلزمه المال، إلا أن يكون الغريم حاضراً مليئاً، فإن القاضي يجبره على الدفع للطالب.

وَصِيغَتُهُ: تَحَمَّلْتُ، وتَكَلَّفْتُ، وضَمِنْتُ، وأَنَا زَعِيمٌ، وعِنْدِي، وشِبْهُ ذَلِكَ

قوله: (**وَشِبْهُ ذَلِكَ**)؛ أي قبيل، وأدين، وصبير، وعزيز، وينبغي أن يعتمد هنا على الألفاظ التي يستعملها العرف في الضمان لا على غيرها.

فَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ الْوَجْهَ - فَقَوْلانِ

قال في المدونة: من قال: أنا حميل، أو زعيم، أو ضامن، أو قبيل، أو هو لك عندي، أو علي، أو إلي، أو قِبلي، فذلك كله حمالة لازمة إن أراد الوجه لزمه، وإن أراد المال لزمه، قالوا: ويصدق، وإن لم يدعِّ أنه أراد شيئاً فاختلف الشيوخ: هل يحمل على المال أو على الوجه؟ واختار ابن يونس وصاحب المقدمات أنه بالمال واستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم: «**الزعيم غارم**»، ولأنه المتبادر من لفظة الحمالة.

المازري: واختار بعض الشيوخ أنه بالوجه لكونه أقل الأمرين، والأصل براءة الذمة، ورد الاستدلال بالحديث بأنه إنما قصد بالحديث بيان حكم وجوب المطالبة للكفيل بما ضمنه، ولم يقصد به بيان حكم إطلاق هذه اللفظة. قال: ولأن الغرامة إنما تكون في الأموال لا في الأبدان؛ إذ البدن لا يصح أن يغرم، فكأنه يقول: الزعيم غارم لما ضمن، والضامن الذي يتصور فيه الغرامة إنما يكون في المال.

فرع:

وأما إن حقَّقَ كل واحد منهما ما وقعت به الحمالة، فقال الحميل: إنما تحملت بالوجه، وقال الطالب: بل بالمال، فالقول قول الحميل؛ لأن الأصل براءة الذمة.

* * *

الشِّرْكَةُ: إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ لَهُمَا مَعَ أَنْفُسِهِما

هي بكسرِ الشين وسكونِ الراءِ، والإجماعُ على جوازِها مِنْ حيثُ الجملةِ، ورَسَمها المصنفُ بقوله: (**إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ**) أي: أُذِنَ لصاحبِه أن يتصرَّفَ مع نفسِه، فقولُه: (**إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ لَهُمَا**) كالجِنْسِ.

(**مَعَ أَنْفُسِهِما**) فَصْلٌ أَخْرَجَ به الوَكالَةَ، قال في المقدمات: وهي مِن العُقُودِ الجائِزَةِ، لكلٍّ منهما أن ينفصلَ متى شاءَ إلا الشركةَ في الزَّرْعِ، ففي لزومِها خلافٌ؛ لتَرَدُّدِها بين الإجارَةِ والشركةِ، وسيأتي ذلك، ونحوُه لِلَّخْمِيِّ، وخَرَّجَ قولاً - بلزومِها لأَوَّلِ نَضَّةٍ - مِنَ الشاذِّ في كراءِ الْمُشَاهَرَةِ أنه يَلْزَمُ شهراً. قال: وأَمَّا إِنْ أَخْرَجا مالاً لأن يَشتريا به شيئاً مُعَيَّناً - فإنه يَلزمُ إن لم يُمكِنْ كُلَّ واحدٍ بانفرادِه شراؤُه، أو أَمْكَنَه، ولكِنِ اشتراؤُهما أَرْخَصُ، وإِلَّا فقولان، وهما على الخلافِ في شَرْطِ ما لا يُفِيدُ. وفي مُعِينِ الحُكَّامِ: الشركةُ تَنْعَقِدُ بالقولِ على المشهورِ مِن قولِ مالكٍ وأصحابِه، وكذلك قال ابن يونس:إنها تَلْزَمُ بالعَقْدِ كالبيعِ، لا رجوعَ لأحدِهما فيها كالبيعِ، بخلافِ الجُعْلِ والقِراضِ. ولعياضٍ وابنِ عبد السلام نحوُه.

ابن عبد السلام: الظاهرُ أنه لا مخالفةَ بينهم، ومرادُ ابنِ يونس وغيرِه أَنَّها تَلْزَمُ بالعقدِ باعتبارِ الضمانِ؛ أي: إذا هلك شيءٌ بَعْدَ العقدِ يَكُونُ ضمانُه منها، خلافاً لمن يَقول: إنها لا تَنْعَقِدُ إلا بالخَلْطِ.

فإن قُلْتَ: يَلْزَمُ مِن هذا مخالفةُ المدونةِ؛ لقولِه: وإِنْ بَقِيَتْ كلُّ صُرَّةٍ بِيَدِ صاحبِها حتى ابتاعَ بها أَمَةً على الشركةِ، فالأَمَةُ بينهما، والصُرَّةُ مِنْ رَبِّها. وقال غيرُه: لا تنعقدُ بينهما شركةٌ حتى يَخْلِطَا. **قيل**: قد قَيَّدَ اللخميُّ ذلك بما إذا كان في الصُرَّةِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ وَزْنٍ أَوِ انْتِقادٍ، قال: وأما إِنْ وُزِنَتْ وانتُقِدَتْ وبَقِيَتْ عند صاحبِها على وجهِ الشركةِ فضاعتْ - لكانتْ

مصيبتُها منهما؛ لأن الخلطَ عنده ليس بشَرْطٍ في الصِّحَّةِ. هذا نَصُّهُ، وهو يَدُلُّ لما قلناه، وأيضاً فَلِجَعْلِهِ الأَمَةَ بينهما، فاعْلَمْهُ.

الْعَاقِدَانِ كَالْوَكِيلِ وَالْمُوَكِّلِ

هذا شروعٌ منه في بيانِ أركانِها، يَعني أَنَّ مَن جاز له أن يَتَصَرَّفَ لِنَفْسِه - جاز له أَنْ يُوَكِّلَ ويُشَارِكَ؛ فلا يُشارِكُ العَبْدُ إلا أن يَكُونَ مأذوناً له، وكذلك غيرُه مِن المحجورِ عليهم، وشَبَّهَهُ المصنفُ بالوكيلِ والمُوَكِّلِ؛ لأنه قد يُشَبَّهُ بها سيأتي، ويَقْرُبُ مِن هذا هنا أَنْ تأتِيَ الوَكالةُ إِثْرَ الشركةِ، واعلمْ أنّ كلَّ واحدٍ وَكِيلٌ عن صاحبِه، مُوَكِّلٌ له، وعلى هذا فيكون المصنف شَبَّهَ كُلاً منهما بمجموعِ الوكيلِ والموَكِّلِ.

فإن قيل: فقد قالوا: إن الذِّمِّيَّ لا يُوَكَّلُ على المُسْلِمِ فهل يَتَأَتَّى هنا؟

قيل: لا يَبْعُدُ؛ وقد قال ابنُ حَبيبٍ: لا يَنبغي للحافظِ لِدِينِه أن يُشارِكَ إلا أهلَ الدينِ والأمانةِ، والتوقي للخيانةِ والربا والتخليطِ في التجارةِ، ولا يُشَارِكُ يهودِيّاً ولا نصرانِيّاً ولا مسلماً فاجِراً إلا أن يَكونَ هو الذي يَتَوَلَّى البيعَ والشراءَ، وإنما للآخرِ البَطْشُ والعَمَلُ.

الصِّيغَةُ ما يَدُلُّ لَفْظاً أَوْ عُرْفاً

ابن عبد السلام: يَعني أنَّ الشركةَ لا تَخْتَصُّ بلفظٍ معينٍ، بل كُلُّ ما يَدُلُّ عليها لغةً أو عُرْفاً، أو ما يَقوم مقامَ ذلك مِن الأفعالِ. وفي كلامِهِ مُسَامحَةٌ؛ لأنه قابَلَ اللفظَ بالعُرْفِ، فإِنْ أراد باللفظِ ما هو أعمُّ مِن اللغةِ والعُرْفِ، فكَيْفَ يُجْعَلُ العُرْفُ قَسِيماً له، وإِنْ كان مرادُه باللفظِ ما أَفادَ في اللغةِ، وبالعُرْفِ ما أفاد مِن الألفاظِ العرفيةِ - فقَرِيبٌ، إلا [٥٥٠/ب] أنه يَخْرُجُ عنه الفِعْلُ، وإن أراد بالعُرْفِ ما أفاد عرفاً أَعَمَّ مِن أَنْ يكون لفظاً أو غيرَه - ففيه مِن الإشكالِ أنه يَكونُ قد فَسَّرَ الصيغةَ بما هو أَعَمُّ منها.

ومثالُ الفِعْلِ الدَّالِّ كما لو خَلَطَا مالَيْهِما وباعا.

مَحلُّهَا: الْمَالُ والْعَمَلُ، فَفِي الْمَالِ: بَيْعٌ مِنْ غَيْرِ مُنَاجَزَةٍ لِبَقَاءِ الْيَدِ

كلامُه ظاهرُ التَّصوُّرِ ؛ وذلك لأنه إذا أَخْرَجَ أحدُهما مائةَ دينارٍ، والآخرُ مِثْلَها - فكأَنَّ كُلَّ واحدٍ منهما باعَ نِصْفَ ما أَخْرَجَه بنصفِ ما أَخْرَجَه الآخَرُ، لكنهما لم يَتَناجَزا لبقاءِ يَدِ كلِّ واحِدٍ منهما.

وقلنا: (مِنْ غير مناجزةٍ) لأن ذلك لو كان مناجزةً لاكْتُفِيَ به في الصَّرْفِ، ولهذا - الذي أشار إليه المصنفُ - كان الأصلُ منعَها في المالِ الذي ذَكَرْنا لولا الإجماعُ الذي نبه عليه المصنف بقولِه:

والإِجْمَاعُ عَلَى إِجَازَتِهَا بِالدَّنَانِيرِ والدَّرَاهِمِ مِنْ كِلا الْجَانِبَيْنِ

(**كِلا الْجَانِبَيْنِ**) أي: أن يُخْرِجَ كلُّ واحدٍ منهما ذهباً، أو كلُّ واحدٍ وَرِقاً.

واحتَرَزَ به مما لو أَخْرَجَ أحدُهما ذهباً والآخَرُ وَرِقاً؛ لأنه ممنوعٌ كما سيأتي، وعلى كلامِ المصنفِ يكونُ الإجماعُ على غيرِ قياسٍ، وأشار ابنُ عبد السلام إلى أَنَّ بقاءَ اليَدِ لا يَمْنَعُ مِن التناجُزِ لاختلافِ وجوهِ الضمانِ في ذلك بالجزءِ المبيعِ، أَلَا تَرَى أنه كان مضموناً قَبْلَ الشركةِ مِن البائعِ، وضمانُه بَعْدَها منهما، فيكونُ الإجماعُ منعقداً على مقتضَى القياسِ، وإنما لم يُكْتَفَ بهذا القَدْرِ في الصَّرْفِ احتياطاً.

خليل: وفيه نظرٌ؛ لأن بَيْعَ العَيْنِ بالعَيْنِ مُصَارَفَةٌ بلا إِشْكَالٍ، والإجماعُ هنا جارٍ على غيرِ قياسٍ.

وقد صرّح صاحبُ المقدمات وغيرُه بأن هذا الإجماعَ ليس بجارٍ على قياسٍ.

فَقَاسَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَلَيْهِ الطَّعَامَ الْمُتَّفِقَ فِي نَوْعِهِ وصِفَتِهِ، ومَنَعَهُ مَالِكٌ، فَقِيلَ: لأَنَّهُ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ ....

يعني: أن ابن القاسم قاسَ الطعامين المتفقَيْنِ في الصِّفَةِ على الدنانيرِ والدراهمِ، والجامعُ حُصولُ المناجزةِ حُكْماً لا حِسّاً، فكما اغْتُفِرَ هذا في الدنانيرِ والدراهمِ - فكذلك يُغْتَفَرُ في الطّعامَيْنِ، ومَنَعَ ذلك مالكٌ، ولأصحابِه في الفَرْقِ أَوْجُهٌ:

أولُها: ذكره عبدُ الحق عن شيوخِه: أَنَّ في الطَّعَامَيْنِ يَدْخُلُه بيعُ الطعامِ قَبْلَ قَبْضِه؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ منهما باعَ نِصْفَ طعامِه بنصفِ طعامِ صاحبِه، ولم يَحْصُلْ قَبْضٌ لبقاءِ يَدِ كُلِّ واحدٍ منهما على ما بَاعَ، فإذا بَاعَا يكونُ كلُّ واحدٍ منهما بائعاً للطعامِ قَبْلَ استيفائِه، وهذا هو الذي ذَكَرَه المصنفُ.

ثانيها: ما أشار إليه ابنُ المواز أَنَّ ذلك لما يَدْخُلُه مِنْ خَلْطِ الطعامِ الجَيِّدِ بالدَّنِيءِ.

ثالثها: لأنه إجماعٌ خَرَجَ مِن غيرِ قياسٍ كما تَقَدَّمَ، وما كان كذلك لا يَصِحُّ القياسُ عليه على الصحيحِ.

رابعُها لإسماعيلَ القاضي: أَنَّ الشركةَ في الطعامِ مشروطةٌ بالمساواةِ في القَدْرِ والصِّفَةِ، وذلك مُتَعَذِّرٌ عادةً، قال: ولا يُنْقَضُ هذا بجوازِ بيعِ الطعامِ بعضِه ببعضٍ؛ لأَنَّ المطلوبَ في البيعِ حصولُ المساواةِ في القَدْرِ فقط، ورَدَّهُ ابنُ يونسَ بأنه تفريعٌ على خلافِ أصلِ مالكٍ وابنِ القاسمِ، وذلك لأَنَّ طَرْدَه يَقتضي جوازَ الشركةِ بالطعامَيْنِ المختَلِفَيْ النوعِ إذا حَصَلَتِ المساواةُ في القِيمَةِ.

ابن عبد السلام: قد يُقال إذا كان التساوي في القيمةِ مع اتحادِ النوعِ متعذِّراً عادةً - فَأَحْرَى أَنْ يَكون مُتَعَذِّراً مع اختلافِه.

وذكر بعضُهم **خامساً**: أن الطعامَ مما تَخْتَلِفُ فيه الأغراضُ، ولعلَّه راجعٌ إلى قولِ إسماعيلَ.

وسادسُها: أَنَّ عِلَلَ الطعامِ كثيرةٌ بخلافِ الدنانيرِ والدراهمِ، ولعله يَرْجِعُ إلى ما ذَكَرَه عبدُ الحق.

خليلٌ: وقد يُقال: في قولِ إسماعيلَ القاضي نَظَرٌ؛ لأنه لولا حصولُ المساواةِ لم يَكُنْ مِن ذواتِ الأمثالِ، وكذلك أيضاً فيما ذَكَرَه عبدُ الحق نظرٌ؛ لأنه أجاز في المدونةِ الشركةَ بالطعامِ والنَّقْدِ، ولو كان كما ذَكَرَ مِن العِلَّةِ لَمَنَعَ ذلك.

واحترَزَ المصنفُ بقولِه: (وصفته) مما لو اختَلَفَتِ الصِّفَةُ كسَمْرَاءَ ومَحْمُولَةٍ، فإنه ممتنعٌ عندَ ابنِ القاسمِ أيضاً، قال في المدونة: وسواءٌ اتفقتْ القِيمَةُ أَمْ لا، وحكى عبدُ الحق عن بعضِ القرويين أنه يَجُوزُ - على مذهبِ ابنِ القاسمِ - الشركةُ بالطعامِ المختَلِفِ اختلافاً يَسِيراً؛ كما يَجُوزُ في اليَزِيدِيَّةِ والمُحَمَّدِيَّةِ. قال في المقدمات: وهو محتملٌ. وظاهرُ قولِ ابنِ القاسمِ في المدونةِ أَنَّهُ لا يُجيزُ التفاضلَ في الطعامَيْنِ المتفقَيْنِ في الصِّفَةِ؛ لأنه قال في غيرِ موضعٍ: إن ذلك لا يَجُوزُ حتى يَتَّفِقَا في الكَيْلِ والجَوْدَةِ. وأَطْلَقَ. قال: وهذا أَظْهَرُ مما حكاه عبدُ الحق.

وتُمْنَعُ فِي الدَّنَانِيرِ مَعَ الدَّرَاهِمِ والطَّعَامَيْنِ الْمُخْتَلِفَيْنِ عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا

يعني: فإنْ أَخْرَجَ هذا ذهباً والآخرُ دراهمَ - امْتَنَعَ، وعلَّلَ ذلك في المدونةِ بأنه صَرْفٌ وشَرِكَةٌ، والصرفُ لا يَجُوزُ مع الشركةِ، وإذا لم يَجُزِ البيعُ مع الشركةِ فالصرفُ أَوْلَى، وأجاز ذلك أشهبُ وسحنونٌ، وقالا: إنما يُمْنَعُ الصَّرْفُ والشركةُ إذا كان الصرفُ خارجاً عن الشركةِ، وأما الداخلُ فيها فيجوزُ، ورواه ابن القاسم عن مالك في الموازيةِ.

ابن المواز: وهو غلطٌ، وما علمتُ مَنْ أَجازَهُ؛ لأنه صَرْفٌ لا يَبِينُ به صاحبُه لبقاءِ يَدِ كلِّ واحدٍ منهما، وروى ابنُ وهبٍ عن مالكٍ الكراهةَ، وبذلك أَخَذَ محمدٌ، وقَيَّدَ اللخميُّ ما في الموازية بما إذا تَنَاجَزَا في الحَضْرَةِ.

فرع: ولو أَخْرَجَ هذا ذهباً ووَرِقاً والآخرُ مثلَه ذهباً ووَرِقاً، فإِنَّه يَجُوزُ.

ابنُ عبد السلام: لا أَعْلَمُ فيه خِلافاً، ولهذا رَجَّحَ جماعةٌ قولَ سحنونٍ؛ لأن التعليلَ الذي ذكره في المدونة في الدراهمِ مع الدنانيرِ جارٍ في هذه، وهي جائِزَةٌ، قال في المدونة مُفَرِّعاً على المشهور في الشركةِ في الدنانير والدراهم: فإِنْ عَمِلا فَلِكُلِّ واحدٍ رَأْسُ مَالِه، ويَقتسمانِ الربحَ: لكلِّ عشرةِ دنانيرَ دينارٌ، ولكلِّ عشرةِ دراهمَ درهمٌ، وكذلك الوَضِيعَةُ،

قال: وإن عَرَفَ كلُّ واحدٍ السلعةَ التي اشْتُرِيَتْ بمالِه فإنَّ السِّلْعَةَ تُباعُ، ويُقْسَمُ الثَّمَنُ كلُّه. كما ذكرنا، وقال غيرُه: لكلِّ واحدٍ السلعةُ التي اشتُرِيتْ بمالِه إنْ عُرِفَتْ، ولا شركةَ له في سِلْعَةِ الآخرِ.

وأما الشركةُ بالطَّعَامَيْنِ المختلِفَيْنِ فالمشهورُ - وهو مذهبُ المدونةِ - المَنْعُ، ففيها: وإنْ أَخْرَجَ أحدُهما مَحْمُولَةً والآخرُ سمراءَ، أو أخرج هذا [٥٥١/ أ] قمحاً والآخرُ شَعِيراً، وقيمةُ ذلك مُتَّفِقَةٌ أو مُخْتَلِفَةٌ، وباع هذا نصفَ طعامِه بنصفِ الآخرِ -لم يَجُزْ على حالٍ كيفَمَا شُرِطَ، كما لا أُجِيزَ الشركةَ بدنانيرَ ودراهمَ متفقةٌ قيمتُهُمَا، والقولُ بالجوازِ لسحنون بشَرْطِ أن تتفقَ القيمةُ. **اللخمي**: يُريد: والكيلُ.

وقول المصنفِ: (**فِيهِمَا**) أي: في صورَتَيْ الدنانيرِ والدراهمِ والطعامين المختلفين، وقد بَيَّنَّا ذلك، وفي المقدماتِ والبيانِ عن مالكٍ قولٌ بالجوازِ في مسألةِ الطعامين المختلفين كقولِ سحنونٍ.

وتَجُوزُ بِالْعَرْضَيْنِ مُطْلَقاً، ورَأْسُ مَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مَا قُوِّمَ بِهِ عَرْضُهُ

تَجُوزُ الشركةُ بالعَرْضَيْنِ مُطلقاً، أي: سواءٌ كانا مِن جِنْسٍ أو مِن جنسين، قال في المدونة: ولا بَأْسَ أن يَشتركا بعَرْضَيْنِ متفقين أو مختلفين، أو طعامٍ وعَرْضٍ على قيمةِ ما أَخْرَجَ كُلُّ واحدٍ.

ورُوِيَ عن مالك في الموازية أنه قال في الشركةِ بالعرضين المختلفين: ما هو مِنْ عَمَلِ النَّاسِ، وأَرجو أَلَّا يكونَ فيه بَأْسٌ. ويَنبغي حَمْلُ هذا على الوِفَاقِ؛ لقولِه: أَرْجُو أَلَّا يكونَ بذلك بأسٌ. وإِنْ كان ابنُ رُشْدٍ حَمَلَه على الخلافِ.

وقوله: (**ورَأْسُ مَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مَا قُوِّمَ بِهِ عَرْضُهُ**) ؛ أي إلى يَوْمِ الإِحْضَارِ.

فَلَوْ وَقَعَتْ فَاسِدَةً فَرَأْسُ مَالِهِ مَا بِيعَ بِهِ عَرْضُهُ لا قِيمَتُهُ يَوْمَ أَحْضَرَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ

يعني: فلو وَقَعَتِ الشركةُ بالعَرْضين فاسدةً - كما لو وَقَعَتْ على تفاضلِ الربحِ أو العملِ - فاختُلِفَ فيما يَكونُ رَأْسَ مالِ كُلِّ واحدٍ منهما، فالمشهورُ أنه ما بِيعَ به عَرْضُه؛ لأنَّ العَرْضَ في الشركةِ الفاسدةِ لم يَزَلْ على مِلْكِ رَبِّهِ وفي ضمانِه إلى يومِ البَيْعِ، وهذا كما قُلنا في البيعِ الفاسدِ أنه يَنْتَقِلُ إلى ملكِ المشتري بالفواتِ، فيَضْمَنُ قيمتَه يومَ القبضِ، والشاذُّ الذي حكاه المصنفُ باعتبارِ القيمةِ يومِ الإحضارِ.

ابن راشد وابن عبد السلام: ليس بمنصوصٍ وإنما خرَّجه التونسيُّ على قولِ مَن يَرى أن التمكينَ في البيعِ الفاسدِ يُوجِبُ الضمانَ، على أنه لم يَجْزِمْ هذا القرويُّ به، بل جعلَه مما يُمْكِنُ أن يُقال، والأقربُ أنه لا يَتَخَرَّجُ؛ لأن التمكينَ في البيعِ الفاسدِ تمكينٌ تامٌّ ؛ إِذْ لا شركةَ لأحَدٍ معه فيه، بخلافِه هنا، فلا يَلْزَمُ مِن انتقالِ الضمانِ بالتمكينِ التامِّ انتقالُه بالتمكينِ غيرِ التَّامِّ.

وأشار التونسيُّ أيضاً إلى تخريجِه مما إذا أَخْرَجَ أحدُهما ذهباً والآخرُ وَرِقاً، فإنَّ المشهورَ - وهو مذهبُ ابنِ القاسمِ - فسادُها، مع أنه قال: إذا اشترى كلٌّ سلعةً وعُرِفَتْ يَقتسمان الربحَ على حسبِ رَأْسِ مالِهما.

خليلٌ: وقد يُخَرَّجُ على أن المستثنى مِنْ أَصْلٍ إذا فَسَدَ، هل يُلْحَقُ بصحيحِ أصلِه أو بصحيحِ نَفْسِه؟ وذلك أن الشركةَ مستثناةٌ مِن البيعِ؛ إِذْ جُوِّزَ فيها مِنْ بَيْعِ النقدِ بالنقدِ والطعامِ بِمِثْلِهِ ما لم يُجَوَّزْ في البيعِ، فإذا فَسَدَ فهل تُرَدُّ إلى صحيحِ أصلِها - وهو البيعُ - فيجيءُ منه المشهورُ، أو إلى صحيحِ نَفْسِها - وهو الشركةُ - فتكونُ القيمةُ يومَ الإحضارِ كما قُلْنَا؟

عبدُ الحق وابنُ يونس: فإنْ لم يَعْرِفَا ما بِيعَتْ به سلعةُ كلٍّ منهما فلكُلِّ واحدٍ منهما قيمةُ عَرْضِه يومَ البيعِ؛ لأن سلعةَ كلِّ واحدٍ منهما كانتْ مِنْ ضمانِه إلى أَنْ بِيعَتْ، فالبيعُ أَفاتَها، كما قال في الطعامين إذا خُلِطَا: إِنَّ رَأْسَ مَالِ كُلِّ واحدٍ منهما ما بِيعَتْ به سِلْعَتُه.

تنبيه: قوله: (**فَلَوْ وَقَعَتْ فَاسِدَةً... إلخ**) يَقتضي أن القيمةَ في الشركةِ الصحيحةِ يومَ الإحضارِ كما قلنا، وكذلك هو في المدونة.

فَلَوْ خَلَطَا الطَّعَامَيْنِ فَقِيمَتُهُ يَوْمَ الْخَلْطِ مُتَّفِقَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ كَالْمُسَاوِي، ورُوِيَ: يُقْسَمُ الثَّمَنُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِعَدَمِ التَّعَدِّي ....

يعني: لو خلطا الطعامين في الشركةِ الفاسدةِ، أما على قولِ مالكٍ فلأنَّ الشركةَ في الطعامين لا تَقَعُ إلا فاسدةً، وأما على قولِ ابنِ القاسم فكما لو وقعتْ على تفاضلِ الربحِ والعملِ، أو في نوعين مختلفين كقمحٍ وشعيرٍ، فالمشهورُ أنه تُعتبر قيمةُ كلِّ طعامٍ منهما يومَ الخَلْطِ، ولهذا التقدير الذي ذكرناه أَفْرَدَ المصنفُ الضميرَ في (**قِيمَتُهُ**).

وقوله: (**ورُوِيَ: يُقْسَمُ الثَّمَنُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ**) هو لمالكٍ في الموازية، وفَهِمَ اللخميُّ هذه الروايةَ على أن كلَّ واحدٍ يَضْمَنُ لصاحبِه مِثْلَ نِصْفِ طعامِه، وإنما اقتسما على المساواةِ لأنهما على ذلك دَخَلَا، وهو حسنٌ، وأبقاها التونسيُّ على ظاهرِها ؛ أي: مِنْ غَيْرِ غُرْمٍ، وقال في توجيهِها: لأنَّ كلَّ واحدٍ لم يَكُنْ متعدياً في خَلْطِه، ودَخَلَ على أنه لا فَضْلَ له على صاحبِه، ثم استشكل ذلك فقال: وقد تكونُ قيمةُ الشعيرِ مُفْرَداً عشرةً، وقيمةُ القمحِ مفرداً عشرين، فإذا اختلطا صارتْ قيمةُ الشعيرِ خمسةَ عشرَ، فكيف يصحُّ أن يقتسماه نصفين؟ وإنما زادتْ قيمةُ الشعيرِ بالقمحِ؛ فيجبُ أن يكون الزائدُ لرَبِّ القمحِ.

وتَصِحُّ بِالْعَرْضِ مِنْ جَانِبٍ والنَّقْدِ مِنْ جَانِبٍ عَلَى الْمَشْهُورِ

المشهورُ مذهبُ المدونةِ، ولم أَقِفْ على الشاذِّ، ولعله مَنَعَ لاجتماعِ البيعِ والشركةِ، وإنما أجاز في المشهورِ هنا، ومَنَعَ في التأخيرِ الدنانيرَ والدراهمَ ؛ لأنه ليس في العَيْنِ والعَرْضِ إلا مانعٌ واحدٌ، وهو البيعُ والشركةُ، وهو مغتفرٌ في أصلِ الشركةِ بخلافِ الدراهمِ مع الدنانيرِ، فإن في ذلك عِلتين: البيعُ والشركةُ والصَّرْفُ مِن غَيْرِ مُنَاجَزَةٍ، والله أعلم.

ويُشْتَرطُ فِي الذَّهَبَيْنِ اتِّفَاقُ صَرْفِهِمَا لا غَيْرُ

يعني: ولا يُنْظَرُ إلى اختلافِ الشَّكْلِ، قال في المدونة: وإِنْ أَخْرَجَ أحدُهما دنانيرَ هاشميةً، والآخرُ مِثْلَ وزنِها دمشقيةً، أو أخرج هذا دراهمَ يَزِيدِيَّةً، والآخرُ مِثْلَ وَزْنِها مُحَمَّدِيَّةً - وصَرْفُها مختلفٌ -لم يَجُزْ إلا في اختلافٍ يسيرٍ لا بالَ له.

اللخمي: والقياسُ أن لا يجوزَ؛ لأن التَّرْكَ لمَوْضِعِ الشركةِ، كما قالوا في الإقالةِ والشركةِ في الطعامِ أنها جائزةٌ على وجهِ المعروفِ، ولو قال: لا أُقِيلُكَ إلا أَنْ تُقِيلَنِي ولا أشارِكُكَ إلا أن تشارِكَني. لم يَجُزْ؛ لأنهما أَخْرَجا ذلك عن وجهِ المعروفِ، إلا أن يَكونا عَقَدا الشركةَ على سِكَّةٍ واحدةٍ ثم جاء أحدُهما بأفضلَ.

محمدٌ: وإِنْ أَخْرَجَ هذا عشرةَ دنانيرَ قائمةً، والآخَرُ عشرةً تَنْقُصُ حَبَّتَيْنِ، واشتركا على تَرْكِ الفَضْلِ - لم يَجُزْ.

اللخمي: يُريدُ لأن التَّرْكَ للشَّرِكَةِ.

وإِنْ أَخْرَجَ أحدُهما مائةً مَسْكُوكَةً والآخَرُ مائةً تِبْراً، وتَساوَى الذَّهَبانِ - نَظَرْتُ إلى فَضْلِ السِّكَّةِ، فإن كان كثيراً لم تَجُزِ الشركةُ، وإن كان يسيراً جازتْ إذا أَلْغَيَا ذلك الفَضْلَ على قولِ ابنِ القاسمِ.

تنبيه: وتَقدم أن عبدَ الحقِّ قاسَ التفاوتَ [٥٥١/ ب] اليسيرَ في النقدينِ على الطعامين، وأن ابنَ رشد أَبَى ذلك، وهو مما يَدُلُّ على أن الطعامَ يَمتنع فيه ما لا يَمتنعُ في النقدين، والله أعلم.

فِي جَوَازِ غَيْبَةِ أَحَدِ الْمَالَيْنِ: قَوْلانِ

الجوازُ لمالكٍ وابنِ القاسمِ في المدونةِ، والمَنْعُ لسحنون.

ابن عبد السلام: وكأنه الأقربُ؛ لأن الشركةَ تَستدعِي صِحَّةَ التصرفِ في المالين لكلٍّ مِن الشريكين، وذلك مُنْتَفٍ مع غَيْبَةِ أَحَدِ المالينِ. وقال اللخمي: والمشهورُ أحسنُ. وقيَّدَ المشهورَ بقيدين:

أحدهما: أَلَّا يَتَّجِرَا إلا بَعْدَ قَبْضِ المالِ الغائبِ.

ثانيهما: أَلَّا تكونَ الغيبةُ بعيدةً جِدّاً.

فرع: وعلى المشهورِ ففي المدونةِ: إِنْ أَخْرَجَ أحدُهما أَلْفاً، والآخرُ ألفاً منها خمسُمائة غائبةٌ، ثم خَرَجَ ربُّها ليأتِيَ بها وخَرَجَ بجميعِ المالِ الحاضرِ معه فلم يَجِدْهَا، واشترى بجميعِ ما معه تجارةً - فإِنَّ له ثلثَ الفَضْلِ.

ابن القاسم: ولا يرجعُ بأجرِ فَضْلِ العملِ كشريكين طَاعَ أحدُهما بالعملِ، وقال سحنون: له أجرُ عملِه فيما زَادَ. وقال محمدٌ: إن خَدَعَه فله رِبْحُ مالِه، وإن لم يَخْدَعْهُ فله النصفُ، ولا أجرَ له.

ابن يونس: وإنما يَصِحُّ قولُ ابنِ المواز إذا اشترى بالمالِ الحاضرِ قَبْلَ عِلْمِه بضياعِ المالِ الغائبِ؛ لأنه اشترى على أَنَّ ذلك بينهما نصفين، وأما لو اشترى بَعْدَ عِلْمِه بضياعِ المالِ الغائبِ، وإن كان لم يَغُرَّ، فكيف يَجِبُ أَنْ تكون الشركةُ بَيْنَهما، والشركةُ لم تَقَعْ بَعْدُ؟ أَلَا تَرَى أَنَّ ضمانَ الدنانيرِ الغائبةِ - ما لم تُقْبَضْ - مِنْ رَبِّها، وأنه لو اشترى بها شيئاً لكان ضمانُها مِن بائِعها فكيف في الشركةِ؟ وقاله التونسيُّ، قال: وظاهرُ الروايةِ أنه اشترى بَعْدَ عِلْمِهِ بذَهابِ المال، ولِلَّخْمِيِّ زيادةٌ في هذه المسألةِ.

وَلا بُدَّ مِنْ خَلْطِ الْمَالَيْنِ تَحْتَ أَيْدِيهِمَا أَوْ أَحَدِهِمَا أَوْ يَشْتَرِيَانِ بِهِمَا

إِنْ وَقَعَ الاختلاطُ بحيثُ لا يتميزُ أَحَدُ المالين مِن الآخرِ - فاتُّفِقَ على أَنَّ الضمانَ منهما، وإِنْ تَمَيَّزَ ذلك ففي المدونةِ: وإِنْ صَرَّ هذا ذَهَبَه في صُرَّةٍ، والآخرُ في أُخرَى على

حِدَةٍ، وجَعَلا الصُّرَّتَيْنِ في يَدِ أحدِهما أو في تَابُوتِه أو في خُرْجِهِ فضاعتْ واحدةٌ، فالذاهبةُ بَيْنَهما، وإن بقيتْ صُرَّةُ كلٍّ منهما على يَدِه - فضياعُها منه حتى يَخْلِطا أو يَجْعَلا الصُّرَّتَيْنِ عِنْدَ أَحَدِهما، وكذلك إنْ كانا مختلِفَيْ السِّكَّةِ إلا أنَّ الصَّرْفَ واحِدٌ، ولو تَفَاضَلَ الصرفُ - فَسَدَتِ الشركةُ، وكانت الذاهبةُ مِنْ رَبِّهَا، وإنْ بَقِيَتْ صُرَّةُ كُلٍّ بِيَدِ رَبِّهَا حتى ابتاعَ أحدُهما بها أَمَةً على الشركةِ، وتَلِفَتِ الصرةُ الأُخرى والمالانِ متفقان - فالأَمَةُ بَيْنَهُما، والصرةُ مِنْ رَبِّهَا.

وقال غيرُه: لا تنعقدُ بَيْنَهما شركةٌ حتى يَخْلِطَا. أي: الخلطَ الحِسِّيَّ بحيثُ لا يَتَمَيَّزُ أحدُهما عَنِ الآخَرِ، وهو قولُ سحنون.

المتيطيُّ: ولم يختلف ابنُ القاسِمِ وغيرُه أن الضائعةَ مِن رَبِّهَا. وقولُه في المدونة: والأَمَةُ بينهما.

ابن يونس: يُريد بَعْدَ أَنْ يَدْفَعَ لشريكِه نِصْفَ ثَمَنِهَا.

وبما في المدونة يُعْلَمُ أَنَّ الصوابَ هنا **(وَيَشْتَرِيَانِ)** بالواو، لا ما في بعضِ النُّسَخِ **(أو يشتريان)** بـ(أو)، لأنَّ ذلك يَقتضي أنهما لو اشتركا وبقيتْ صرةُ كلٍّ واحدٍ بيدِه وذهبا ليشتريا - أَنْ تَصِحَّ شركتُهما، وقد نَصَّ في المدونةِ على خلافِه، لكن قال اللخمي: يُحْمَلُ قولُه في الضائعةِ قَبْلَ الشراءِ وقَبْلَ الجَمْعِ: إنَّ مصيبتَها مِن صاحبِها دُونَ شريكِه. عَلَى أَنَّه بَقِيَ فيها وَجْهٌ مِن التوفيةِ وَزْناً أَوِ انْتِقَاداً. ولو وَزَنَ كُلٌّ واحدٍ وقُلِّبَتْ ثم خُلِّيَتْ عِنْدَ صاحبِها على وجهِ الشركةِ فضاعتْ لكانتْ مصيبتُها منهما كالجاريةِ؛ لأن الخلطَ عنده ليس بشرطٍ في الصحةِ، ولو كان ذلك لكانتْ مصيبةُ الجاريةِ - التي اشْتُرِيَتْ بمالِ أحدِهما قَبْلَ الجَمْعِ - مِنْ صاحبِه دُونَ شريكِه؛ يعني فإنْ لم يُحْمَلْ على ما ذُكِرَ، وإلَّا تَعَارَضَ مع قولِه: إنَّ مصيبةَ الجاريةِ منهما.

فَإِنْ شَرَطَا نَفْيَ الاسْتِبْدَادِ لَزِمَ وتُسَمَّى: شَرِكَةَ الْعِنَانِ

الشركةُ ثلاثةُ أَضْرُبٍ: شركةُ أموالٍ وشركةُ أبدانٍ وشركةُ وجوهٍ، وسيأتي الكلامُ على الأخيرين، وشركةُ الأموالِ تَنقسمُ ثلاثةَ أقسامٍ:

الأولى: شركةُ مُضاربةٍ: وهي القِرَاضُ، مأخوذةٌ مِن الضَّرْبِ في الأرضِ.

والثانية: شركةُ مُفاوَضَةٍ: وهي أَنْ يجُوزَ فِعْلُ كُلِّ واحدٍ على صاحبه ويَشْتَرِكَانِ في جميعِ ما يَسْتَفِيدَانِ، واتُّفِقَ على جوازِها، ولا يُفسِدُها عندنا وجودُ المالِ لأحدِهما على حِدَةٍ خلافاً لأبي حنيفةَ، وسُمِّيَتْ مفاوضةً لتفويضِ كلِّ واحدٍ منهما المالَ لصاحبِه، وقيل: لاستوائِهما في الربحِ والضمانِ، مِن قولهم: تَفَاوَضَ الرَّجُلانِ في الحديثِ. إِذَا شَرَعَا فيه، وقيل: المفاوضَةُ المشاوَرَةُ. كأنهما تَشَاوَرَا في جميعِ أمورِهما.

الثالثة: شركةُ العِنانِ: وفَسَّرَها المصنفُ وابنُ شاسٍ بأَنْ يَشْتَرِطَ كُلٌّ منهما نَفْيَ الاستبدادِ؛ أي لا يَفْعَلُ أحدُهما شيئاً حتى يُشارِكَه الآخَرُ، وفَسَّرَها صاحبُ المقدماتِ وعياضٌ بأنها الاشتراكُ في شيءٍ خاصٍّ، وحكى الاتفاقَ على جوازِها، ونحوُه لابنِ عبدِ الحَكَمِ، وقيل: هي الشركةُ في كلِّ شيءٍ مِن الأشياءِ بِعَيْنِه.

وعلى أنها الشَّرِكَةُ في شيءٍ بِعَيْنِه – قِيلَ: المعنى في نوعٍ خاصٍّ، كنوعِ البَزِّ، أو فَرْدٍ خاصٍّ كثَوْبٍ، وحكى ابن عبد السلام في ذلك قولين، فيَتَحَصَّلُ في تفسيرِها أربعةُ أقوالٍ.

ويقال: (عِنان) بالكَسْرِ، وهو الأكثرُ لِمَنْ جعَلها مشتقةً مِن عِنانِ الدابَّةِ، و(عَنان) بالفتح لمن جعَلها مِنْ عَنَّ يَعِنُّ إذا عرَضَ، أو مِنْ عَنَانِ السَّحَابِ لظهورِه، ثم أشار إلى شركة المفاوضة بقوله:

وإنْ أَطْلَقَا التَّصَرُّفَ فِي الْغَيْبَةِ والْحُضُورِ فِي الْبَيْعِ والشِّرَاء وغَيْرِهِ مِمَّا يَعُودُ عَلَى التِّجَارَةِ لَزِمَ ....

هو ظاهرُ التَّصَوُّرِ، قال في المدونة: والمفاوَضَةُ على وجهين: إِمَّا في جميعِ الأشياءِ، وإما في نَوْعٍ واحدٍ مِنَ المَتَاجِرِ - كشراءِ الرقيقِ - يَتَفَاوَضَانِ فيه.

فَلَوْ بَاعَ أَوِ اشْتَرَى نَسِيئَةً مَضَى

يعني: لو باع أَحَدُ المتفاوِضَيْنِ أو اشترى بالنسيئةِ - مَضَى فِعْلُه ولَزِمَ ذلك شريكَه.

ولما كان قولُه: (**مَضَى**) لا يُؤخذ منه الحُكْمُ ابتداءً - صَرَّحَ بجوازِ ذلك بقولِه:

(**وَلَهُ ذَلِكَ مَا لَمْ يُحْجَرْ**) أي: عليه شريكُه، بأن يقولَ: لا تَبِعْ بالنسيئةِ. وما ذكره في البيعِ هو في المدونةِ والمشهورُ، وفي الموازيةِ: لا يجوزُ لأحدِهما البيعُ بالدَّيْنِ إلا بإذْنِ صاحبِه، رواه أصبغ عن ابن القاسم، وأما [٥٥٢/أ] ما ذكره في الشراءِ فنحوُه في الجواهرِ، وفي كلامِهما نظرٌ؛ لأنه خلافُ المنصوصِ في المذهب، ففي المدونة: أَكْرَه أَنْ يُخْرِجَا مالاً على أن يَتَّجِرَا فيه وبالدَّيْنِ مفاوَضَةً، فإِنْ فَعَلا فما اشترى به كلُّ واحدٍ منهما فبَيْنَهما، وإِنْ جاوَزَ رَأْسَ مالَيْهما، والشراءُ بالدَّيْنِ راجعٌ إلى شَرِكَةِ الذِّمَمِ.

أصبغ: وإذا وَقَعَتْ بالذِّمَمِ فما اشترياه بينهما على ما عَقَدا، وتُفسخُ الشركةُ مِنَ الآنَ.

أبو الحسن: والفسخُ دليلٌ على أَنَّ المرادَ بالكراهةِ المنعُ.

بعضُ القرويين: والأشبهُ - على قولِ ابنِ القاسم - أَنْ يَكونَ لِكُلِّ واحدٍ منهما ما اشترى، وهكذا ذكر فضلٌ أن سحنوناً طَرَحَ قولَ ابنِ القاسِمِ، وقال: بَلْ لِكُلِّ واحدٍ ما اشترى.

ووجهُ قولِ ابنِ القاسمِ أَنَّ المشتَرَى بينهما - ما قاله حمديسٌ أَنَّ ابنَ القاسم حَمَلَ ذلك على الوَكَالَةِ، وأين هذا كلُّه مِن كلامِ ابنِ شاسٍ والمصنفِ، نعم أجاز اللخميُّ الشراءَ على أن يَنْقُدَ اليومين والثلاثةَ، قال: وهو مما لابُدَّ للناسِ منه. قال: ولا يَشترِي بثمنٍ مُؤَجَّلٍ،

فإنْ فَعَلَ بغيرِ إذنِ شريكِه فالشريكُ بالخيارِ بَيْنَ القَبُولِ والرَّدِّ، فيكون الثمنُ على المشتري خاصَّةً، وإن كان بإذنٍ في سلعةٍ معينةٍ جازَ ذَلِكَ، وإِنْ لم يُعَيِّنْ لم يَجُزْ ذلك ابتداءً، فإِنْ فَعَلَ فما اشتراه مُشْتَرَكٌ بينهما على المستَحْسَنِ مِن القولَيْنِ في شركةِ الذِّمَمِ، وعلى هذا فيُحْمَلُ كلامُ المصنفِ على الشيءِ المُعَيَّنِ لا غيرِه، وإِلَّا تَنَاقَضَ كلامُه، فإنه في غيرِ المُعَيَّنِ شركةُ الذِّمَمِ، وسيَذْكُرُ المصنفُ أنها ممنوعةٌ.

وتَبَرُّعُهُ لا يَلْزَمُ مَا لَمْ يَكُنِ اسْتِئْلافاً لِلتِّجَارَةِ

لأن التبرعَ خلافُ ما عَقَدَا عليه الشركةَ، فلذلك لا يَلْزَمُ إلا ما دَلَّتْ عليه أو عادَ بِنَفْعٍ. قال في المدونة: وإِنْ أَخَّرَ أحدُهما غَرِيماً بِدَيْنٍ أو وَضَعَ له منه - نَظَراً، أو اسْتِئْلَافاً للتجارةِ ليشتريَ منه في المستقْبَلِ - جازَ ذلك. وكذلك الوكيلُ على البيعِ إذا كان مُفَوَّضاً إليه، وقيل: لا يجوزُ التأخيرُ إرادةَ الاستئلافِ؛ لأنه مِنَ السَّلَفِ بزيادةٍ.

اللخمي: والأَوَّلُ أحسنُ. وفي المدونة: ليس لأحدِ المتفاوضينِ أن يُعِيرَ مِنْ مالِ الشركةِ إِلَّا أَنْ يُوَسِّعَ له في ذلك شريكُه، أو يكونَ شيئاً خفيفاً كعارِيَّةِ غُلامٍ ليسقيَ دابةً ونحوِه، وأرجو أَلَّا يكونَ به بأسٌ.

والعارِيَّةُ مِن المعروفِ الذي لا يَجوزُ لأحدِهما أَنْ يفعلَه إلا لإرادةِ الاستئلافِ، ومما يَجوزُ له - مما دَلَّتْ عليه العادةُ لخِفَّتِه - إعارةُ الماعونِ، وإعطاؤه الكِسْرَةَ ونحوَها.

ويُطَالَبُ كُلُّ واحِدٍ بِتَوَابِعِ مُعَامَلَةِ الآخَرِ

كما لو اسْتُحِقَّتِ السِّلْعَةُ مِنْ يَدِ المُشْتَرِي.

ويَرُدُّ بعَيْبٍ وغَيْرِه

قوله: (**ويَرُدُّ**) أي: ويَرُدُّ أَحَدُ الشريكين المُشْتَرَى بعيبٍ اطَّلَعَ عليه، سواءٌ اشتراه هو أو شريكُه، أما ما اشتراه هو فواضحٌ، وأما ما اشتراه شريكُه فلأَنَّهُ وَكِيلٌ عنه.

وقوله: (**وغَيْرِهِ**) أي: مِن اسْتِحْقَاقِ جُزْءِ السلعةِ، والرَّدِّ بسببِ فسادِ البيعِ، وإمضاءِ بَيْعِ الخيارِ أو رَدِّهِ.

وَيُرَدُّ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ بِالْبَيِّنَةِ أَنَّهُ ابْتَاعَهُ عَلَى الْعُهْدَةِ مِنْ شَرِيكِهِ، فَإِنْ كَانَ قَرِيبَ الْغَيْبَةِ انْتُظِرَ ....

قوله: (**وَيُرَدُّ عَلَيْهِ**) يعني: أن مَن اشْتَرَى سلعةً مِن أحدِ المتفاوِضَيْنِ ثم اطَّلَعَ على عيبٍ وأَرَادَ رَدَّها، فإن كان البائعُ حاضراً فكلامُه معه؛ لأنّ البائعَ أَقْعَدُ بحالِ المبيعِ، وإن كان غائباً قريبَ الغَيْبَةِ - قال في المدونة: كاليوم ونحوه - انْتُظِرَ، وتَرَكَ المصنفُ التصريحَ بالكلامِ على الحاضرِ؛ لأن ذلك يُؤْخَذُ مما ذَكَرَه ؛ لأنه إذا انتَظَرَ قريبَ الغيبةِ لِيَقَعَ الكلامُ معه - فالحاضِرُ أَوْلَى.

وإنْ كان بَعِيدَ الغَيْبَةِ، قيل: كالعشرةِ أيامٍ. رَدَّ على شريكِهِ الحاضِرِ إِذَا أَقَامَ المشتري بينةً أنه اشتراه على بَيْعِ الإسلامِ وعُهْدَتِهِ، وله أَخْذُ الثَّمَنِ إن قالتِ البَيِّنَةُ: إِنَّهُ نَقَدَ الثَّمَنَ، وإنَّه كذا.

قيل: ويَحتاجُ إذا أراد أَخْذَ الثَّمَنِ إِلَى إثباتِ أمورٍ: بينةِ الشراءِ، ونَقْدِ الثَّمَنِ، وأَنَّه كذا، وإثباتِ العَيْبِ، وأنه غَابَ غَيْبَةً بعيدةً أو بحيثُ لا يُعْلَمُ أَمَدُ التَّبَايُعِ لاحتمالِ أَنْ يَكونَ قديماً والعيبُ حادثٌ وبالعَكْسِ.

ويُحَلَّفُ على ثلاثةِ أمورٍ: أنه اشتَرَى شراءً صحيحاً على عُهْدَةِ الإسلامِ، وأنه ما تَبَرَّأَ إليه مِنْهُ، ولا أَعْلَمَه به، وأنه لَمَّا اطَّلَعَ عليه لم يَرْضَ بَعْدَ عِلْمِه. قال في المدونةِ: وإذا أَقامَ المبتاعُ بينةً أنه ابتاعَ على عُهْدَةِ الإسلامِ - نُظِرَ في العيبِ، فإنْ كان قديماً لا يَحْدُثُ مِثْلُهُ رَدَّ العَبْدَ على الشريكِ الآخَرِ، وإنْ كان يَحدثُ مثلُه - فعَلَى المبتاعِ البينةُ أَنَّ العيبَ كان عند البائعِ، وإلَّا حَلَفَ الشريكُ باللهِ ما يَعْلَمُ أَنَّ هذا العيبَ كان عِنْدَه.

ابنُ يونس: يُرِيدُ كان ظاهراً أو خَفِيّاً ؛ لأَنَّ غيرَه تَوَلَّى البيعَ كالوارِثِ، ولو حَضَرَ البائعُ - حَلَفَ على البَتِّ في الظاهِرِ، وعلى العِلْمِ في الخَفِيِّ على قولِ ابنِ القاسمِ. قال في المدونة: وإِنْ نَكَلَ الشريكُ الذي لم يَبِعْ - حَلَفَ المبتاعُ على البَتِّ أَنَّهُ ما حَدَثَ عندَه، ثم يَرُدُّه عليه. وفي الموازية: أَنَّ المبتاعَ إنما يحلفُ كما كان يَحْلِفُ بائعُه: في الظاهرِ على البَتِّ، وفي الخَفِيِّ على العِلْمِ.

اللخمي: وإن لم تَقُمِ البينةُ للمشتري أنه ابتاع على عُهْدَةِ الإسلام - يعني في العيبِ القديمِ - وكانت العادةُ البيعَ على البراءةِ -لم يُرَدَّ بهذا العيبِ، وإن اختلفتِ العادةُ - حَلَفَ أنه اشترى على العُهْدَةِ، ورَدَّهُ إِنْ كان العيبُ مشكوكاً في قِدَمِهِ وكان اشتراءُ البائعِ لذلك العبدِ وبَيْعُه في غيبةِ الحاضرِ الآنَ، أو في حضورِه وباعَه في الحَضْرَةِ قَبْلَ عِلْمِ الآخرِ - لم يَكُنْ على الحاضرِ يمينٌ، وإن كان اشتراه بحضرتِه وغابَ عليه إذا كان هذا هو المتولي للشراء - أُحْلِفَ على ذلكَ العيبِ، فإِنْ حَلَفَ ثم قَدِمَ الغائبُ حَلَفَ أيضاً، فإِنْ نَكَلَ حَلَفَ المشترِي ورَدَّ جميعَه؛ لأنه لو كان حاضراً لحَلَّفَهُما جميعاً، وإِنْ حلف أحدُهما ونَكَلَ الآخرُ - حَلَفَ ورَدَّ جميعَه؛ لأنه لو أَقَرَّ أحدُهما وأنكر الآخرُ - رَدَّ جميعَه [٥٥٢/ ب] بإقرارِ المُقِرِّ مِنْهُما، وإن نَكَلَ الحاضرُ حَلَفَ المشترِي، ثم لا يكونُ للغائبِ في ذلك مقالٌ إلا أَنْ يُثْبِتَ أَنَّهُ كان بَيَّنَ ذلك للمشترِي، فإِنْ نَكَلَ المشتري عنِ اليمينِ - سَقَطَ مقالُه في الرَّدِّ الآنَ وبعدَ أَنْ يَقْدَمُ الغائبُ؛ لأنه لو كان حاضِراً ونَكَلا عنِ اليمينِ ثم نَكَلَ المشترِي بَعْدَ نكولِهما -لم يَكُنْ له شيءٌ. انتهى.

ابن يونس: ولو جاءَ الغائبُ فَأَقَرَّ أنه كان عالماً لانبَغَى أَنْ يَرُدَّهُ، ويَلْزَمُ ذلك الشريكَ الحالفَ، ولو أَنْكَرَ الغائبُ لحلفَ.

فإِنْ نَكَلَ فهل يُرَدُّ عليه جميعُها أو نصفُها لِيَمِينِ شريكِه؟

ابن يونس: والذي ظهر لي أَنْ يَرُدَّ عليه جميعَها؛ لأن نكولَه كإقرارِه لأنهُ المُعَامِلُ له، ولا يَضُرُّه يمينُ الشريكِ الحاضرِ؛ لأنه إنما حَلَفَ على أنه لم يَعْلَمْ أَنَّ به عَيْباً، وهو لم يُعَامِلْهُ.

التونسي: انظر لو نَكَلَ الشريكُ الحاضرُ ولا عِلْمَ عنده مِنَ العَيْبِ فحَلَفَ المبتاعُ ورَدَّها، ثم قَدِمَ البائعُ فقال: أنا أَحْلِفُ وأَنْقُضُ الرَّدَّ على شريكي. فيُشْبِهُ أَنْ يكون ذلك له؛ لأن صاحبَه إنما تَوَقَّفَ عن اليمينِ إِذْ لا حقيقةَ عنده، وقد يكون له ذلك في نصفِه، وأما نصفُ النَّاكِلِ فَقَدْ نَكَلَ عن اليمينِ فيه، فهل يمضي الرَّدُّ فيه؛ لأن مَن وُكِّلَ على بيعِ عبدٍ فاليمينُ في العيبِ إذا وُجِدَ على المُوَكِّلِ في الذمةِ، لا على الوكيلِ، ونصفُه الذي يَخُصُّ صاحبَه إنما باعه بالوكالةِ، وقد نَكَلَ عن اليمينِ، فانظر هذا.

فَلَوْ أَقَرَّ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الافْتِرَاقِ بِذَلِكَ لَزِمَ الْمُقِرَّ حِصَّتُهُ

هذا قولُ ابنِ القاسمِ. **ابنُ يونس**: ومرادُه إِذَا لم يحلف المشهود له، قال: وقال سحنون: يلزمهما ما أَقَرَّ به أحدُهما في أموالِهما. وظاهرُه أنه خلافُ سحنون ولو مع الطُّولِ. وفي اللخمي: إِنْ أَقَرَّ بَعْدَ طُولِ الافتراقِ لم يُقْبَلْ. ويختلف إذا أَقَرَّ بِقُرْبِ ذلك وادَّعى أنه نَسِيَ، فقد اختُلِفَ في العاملِ في القراضِ يَدَّعِي بعد المقاسمة أنه أَنفقَ مِن القراضِ، ونَسِيَ المحاسبةَ بها، فقال في المدونة: لا يُقْبَلُ قولُه. وقال في الموازية: يَحْلِفُ ويكونُ ذلك له، والشريكُ مثلُه.

وفهم من قوله: (**بَعْدَ الافْتِرَاقِ**) أنه لو أَقَرَّ قَبْلَهُ قُبِلَ، وكذلك نَصَّ عليه في المدونة بشرطِ أَنْ يُقِرَّ لأجنبيٍّ لا يُتَّهَمُ عليه، وأما المتهمُ عليه فلا، قال في المدونة: وإِنْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ مِنْ شركتِهما لأَبَوَيْه أو ولدِه أو جَدِّه أو جدَّتِه أو زوجتِه أو صديقِه أو مَنْ يُتَّهَمُ عليه -لم يَجُزْ ذلك على شريكِه، وخرَّجَ اللخميُّ قولاً بصحةِ الإقرارِ لمن يُتَّهَمُ عليه مِن أَحَدِ القولينِ في إقرارِ مَنْ تبيَّنَ فَلَسُه لَمَنْ يُتَّهَمُ عليه. قال: والمفلس أَبْيَنُ في التهمةِ؛ لأنه يُنْزَعُ مالُه ويَبْقَى

مفلساً لا شيءَ له، فيُعْطِي مالَه لمثْلِ هؤلاء لِيُعِيدَه إليه فيَعِيشَ به، وليس للتفرقةِ بأن هذا يبقى في ذمته ديناً وَجْهٌ.

فرع: واختُلِفَ إذا أَقَرَّ أحدُهما بعد موتِ الآخَرِ، فجعله ابنُ القاسمِ في المدونة شاهداً، ولم يَقبل قوله، وقال: إذا قال الحَيُّ: رَهَنَّا متاعَ الشركةِ عند فلانٍ، وقال الورثةُ: بل أودعتَها أنتَ إياه بعد مَوْتِ وَلِيِّنا. فهو شاهدٌ، وللمرتهنِ أن يَحلف معه ويَسْتَحِقَّ. وقال سحنون: القولُ قولُ الشريكِ، ويَلْزَمُ الورثةُ ما أَقَرَّ به.

اللخمي: وهو أصوبُ، وليس الموتُ كالافتراقِ؛ لأن الافتراقَ يكونُ عن محاسبةٍ ومفاصَلَةٍ وقطعِ الدَّعاوَى، والموتُ أَمْرٌ طَرَأَ قَبْلَ ذَلِكَ.

وَلَوْ أَقَامَ الْحَيُّ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّ مِائَةً مِنَ الْمَالِ كَانَتْ بِيَدِ الْمَيِّتِ فَلَمْ تُوجَدْ ولا عُلِمَ مُسْقِطُهَا، فَإِنْ قَرُبَ مَوْتُهُ مِنْ قَبْضِهَا بِحَيْثُ لا يُظَنُّ بِهِ إِشْغَالُهَا فِي الْمَالِ فَهِيَ فِي حِصَّتِهِ، وإِلا فَلا ....

أي: الميت.

وقوله: (**وإِلا فَلا**) أي: فلا يَلْزَمُه شيءٌ؛ لأن الغالبَ أنه أَدْخَلَه في مالِ التجارةِ، وهذه المسألةُ تَدُلُّ على أنَّ الغالبَ مُقَدَّمٌ على الأصلِ، وهي كالتي بَعْدَها، أي قوله:

وَلَوْ أَقَرَّ الشَّرِيكُ أَنَّ بِيَدِهِ مِائَةً مِنَ الْمَالَ فَفَرَّقَ ابْنُ الْقَاسِمِ بَيْنَ طُولِ الْمُدَّةِ وقِصَرِهَا، وأَمَّا لَوْ شَهِدَ أَنَّهُ أَخَذَهَا لَمْ يَبْرَأْ إِلا بالإِشْهَادِ أَنَّهُ رَدَّهَا....

قوله: (**أَقَرَّ**) ظاهرُه والآخَرُ حَيٌّ، والذي في المدونة: وإِنْ ماتَ أَحَدُ الشركاءِ فأَقَامَ صاحبُه بَيِّنَةً أَنَّ مائةَ دينارٍ مِن الشركةِ كانتْ عند الميتِ فلم تُوجَدْ ولا عُلِمَ مُسْقِطُها، فإن كان موتُه قريباً مِنْ أَخْذِها فِيما يُظَنُّ أنه لم يَشْغَلْها في تجارةٍ - فهي في حصتِه، وما تَطَاوَلَ وقتُه لم يَلْزَمْه، أرأيتَ لو قالتِ البينةُ: قَبَضَها منذُ سنةٍ. وهما يَتَّجِرانِ أَيَلْزَمُه أو لا شيءَ عليه؟ انتهى.

وقوله: (**أمَّا... إلخ**) هذا ذكره ابن المواز مُقَيِّداً للمُدَوَّنَةِ، وحاصلُه أن كلامَه في المدونةِ مقيدٌ بما إذا لم يَشْهَدُوا، وأما إذا أَشْهَدَ على نفسِه بِأَخْذِ المائةِ فلا يَبْرَأُ إلا بالإشهادِ أنه رَدَّها، طال ذلك أو قَصُرَ، والظاهرُ أَنَّ مُرَادَ مُحَمَّدٍ بقوله: (أشهد) أَنْ تَكُونَ البينةُ قُصِدَ بها التَّوَثُّقُ كما قالوا في البيِّنةِ التي لا يُقْبَلُ دَعْوَى المودَعِ الرَّدَّ معها، وهو أَنْ يأتي بشهودٍ يُشهدُهم على دَفْعِ الوديعةِ للمودِعِ، وأما لو دَفَعَ بحضرةِ قومٍ ولم يَقْصِدَ التَّوَثُّقَ بشهادتِهم - فلا، ولأنه الذي يُفهم مِن قولِ محمدٍ، وأما إِنْ كان إقرارُه مِنْ غَيْرِ قصدِ إشهادٍ - فكَمَا ذَكَرَ ابنُ القاسمِ.

فرع: كتب شجرةُ إلى سحنون فيمن دَفَعَ عن أخيه - وهما مشتركان مفاوضةً - صَدَاقَ امرأتِه، ولم يَذْكُرْ مِنْ مالِه ولا مِن مالِ أَخيه، فماتَ الدافعُ، فقام ورثتُه، فكَتَبَ إليه: إِنْ دَفَعَ وهما متفاوضان، ثم أقام سنينَ كثيرةً ولا يَطْلُبُ أَخاه، فهذا ضعيفٌ، وإن كان بحضرةِ ذلك - فذلك بينهما شَطْرَانِ، ويُحاسِبُ به.

والرِّبْحُ عَلَى الْمَالِ، والْعَمَلُ عَلَى نِسْبَتِهِ

يعني: يُشترطُ أَنْ يَكونَ الربحُ والعملُ على نسبةِ المالِ، فإذا كان لأحدِهما الثلثُ - كان له مِن الربحِ الثلثُ، ولا يَجوزُ أَنْ يُزَادَ أو يُنْقَصَ، وكذلك العَمَلُ.

وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى تَفَاضُلِ الرِّبْحِ أَوِ الْعَمَلِ فَسَدَتْ ولَزِمَ التَّرَادُّ فِي الرِّبْحِ، وفِي [٥٥٣/أ] الْعَمَلِ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ فِي نِصْفِ الزِّيَادَةِ ....

قوله: (**فَسَدَتْ**) أي: الشركة.

(**ولَزِمَ التَّرَادُّ**) أي: التراجع، فإذا دفع هذا ألفاً وهذا ألفين، ودَخَلا على أَنَّ الربحَ والعملَ متساويان، فإنِ اطُّلِعَ على ذلك قَبْلَ العَمَلِ فُسِخَ، وإلا رَجَعَ صاحبُ الأَلْفَيْنِ بفاضِلِ الرِّبْحِ فيأخذُ ثُلُثَي الرِّبْحِ، ويَرْجِعُ صاحبُ الألفِ على صاحبِ الألفين بفاضِلِ

عملِه، فيأخذُ سُدُسَ أجرةِ المجموعِ، وهذا معنى قولِه: (**نِصْفِ الزِّيَادَةِ**) ؛ لأن الذي يَزِيدُ به صاحبُ الثلثين الثلثُ.

ابن عبد السلام: وقيل: لا أَجْرَ لصاحبِ الثلثِ في الزيادةِ، واختار اللخميُّ التفصيلَ: إِنْ خَسِرَ فلا شيءَ له، وإِنْ رَبِحَ فله الأَقَلُّ مِنْ أَجرةِ المثل وما يَنوبُ ذلك مِن الربحِ.

وَأَمَّا لَوْ تَبَرَّعَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْعَقْدِ فَجَائِزٌ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ

يعني: أَنَّ زيادةَ أحدِهما على الآخرِ في الربحِ أو العملِ إنما تُفْسِدُ إذا وَقَعَ اشتراطُ ذلك في عُقْدَةِ الشركةِ، وأما لو تَبَرَّعَ أحدُهما للآخَرِ بعدَه فلا محذورَ؛ لأنه محضُ هبةٍ لا تُرَدُّ لأَجْلِ الشركةِ.

خليل: وانظر هذا مع قولِهم: إنه إذا باعه بمالٍ ثم قال له: أخذتَ ذلك مني رخيصاً. فزادَه - أن الزيادةَ تُلْحَقُ بالثَّمَنِ، أي: فيَلْزَمُه رَدُّها إذا رُدَّ عليه المبيعُ بعيبٍ، ولأن لنا مسائلَ يُعَدُّ فيها اللاحِقُ للعَقْدِ كأنه وَاقِعٌ فيه.

وَكَذَلِكَ لَوْ أَسْلَفَهُ أَوْ وَهَبَهُ

أي: في مَنْعِ ذلك إِنْ وَقَعَ في العَقْدِ وجوازِه إن وَقَعَ بَعْدَه، وانظرْ كيف عدَّى المصنفُ (**وَهَبَ**) بِنَفْسِه، والمستعملُ في كلامِ العربِ إنما هو تعديتُه باللامِ؛ كقولِه تعالى: ﴿ **لِأَهَبَ لَكِ** ﴾ [مريم:١٩] ، وقوله: ﴿ **هَبْ لِي** ﴾ [آل عمران:٣٨] إلى غيرِ ذلكَ.

وَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِي التَّلَفَ وَالْخُسْرَانَ وَمَا يَشْتَرِيهِ لِنَفْسِهِ

لأن يَدَ كُلٍّ واحدٍ منهما يدُ أمانةٍ، فلذلك كان القولُ قولَه في التَّلَفِ والخسرانِ، قال في الجواهر: ما لم يَظْهَرْ كَذِبُه. وإِنِ اتُّهِمَ اسْتُحْلِفَ، وإن قال: ابتعتُ منه سلعةً وهلكتْ. صُدِّقَ، ويَنبغي أن يُقيد قولُه بعدمِ المُعَارِضِ.

وقد نقل الباجي عن بعضِ أصحابِنا في العاملِ في القراضِ يَدَّعِي الخَسَارَةَ ولم يُبَيِّنْ وَجْهَها - أَنَّه يَضْمَنُ.

وقوله: **(وَمَا يَشْتَرِيهِ لِنَفْسِهِ)** مأكولاً وملبوساً إذا كان يُشْبِه ذلك حالَه فيما يأكلُه ويَكْتَسِيه، وهذا إنما هو في الأكلِ والكسوةِ.

ابن القاسم: وذلك بخلافِ شرائِه لنفسِه شيئاً مِن العُرُوضِ والرقيقِ، هذا له أَنْ يَدْخُلَ معه فيه، قال في الجواهر: وإن قال: هذا المالُ مِن مالِ الشركةِ، وخَلَصَ لي بالقسمةِ. فالقَوْلُ قولُ شريكِه؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ القسمةِ.

وَنَفَقَتُهُمَا وَكِسْوَتُهُمَا بِالْمَعْرُوفِ مُلْغَاةٌ فِي بَلَدٍ كَانَا أَوْ فِي بَلَدَيْنِ، وَالسِّعْرُ وَاحِدٌ أَوْ مُخْتَلِفٌ، وَقِيلَ: إِنَّمَا تُلْغَى فِي غَيْرِ أَوْطَانِهِمَا، كَانَا بِعِيَالٍ أَوْ بِغَيْرِ عِيَالٍ

أي: نفقةُ الشريكين المتفاوِضَيْنِ، **والأَوَّلُ** هو مذهبُ المدونةِ. و**(المعروف)** ما لا سَرَفَ فيها.

وقوله: **(كَانَا بِعِيَالٍ أَوْ بِغَيْرِ عِيَالٍ)** مِنْ تمامِه لإتمامِ القولِ الثاني، ومعناه أن النفقةَ إنما تُلغى إذا كانا مَعاً بعيالٍ أو كانا معاً بغيرِ عيالٍ، وهذا إنما هو في شركةِ المفاوضةِ، وبقي عليه شرطان:

الأول: أن تكونَ الشركةُ بينهما على النِّصْفِ، وإن كان لأحدِهما الثلثان وللآخرِ الثلثُ - لم يُنفق صاحبُ الثلثِ مِن المالِ إلا بقدرِ جُزْئِه، ولم يَجُزْ أن يُنْفِقَ بقَدْرِ عيالِه فيحاسَبَ بذلك في المستقبل؛ لأنه يأخذُ مِن المالِ أكثرَ مما يأخذُه صاحبُه.

الثاني: أن تكونَ العيالُ متساويةً أو متقاربةً، قاله ابن القاسم في رواية سليمان، واكتفى المصنف عن هذا الشرطِ اعتماداً على ما يقولُه بَعْدُ.

فإن كان لأحدِهما عيالٌ دُونَ الآخرِ حَسَبَ كلُّ واحدٍ نفقتَه، فإنه لا فَرْقَ بينهما.

وقوله: (**وكِسْوَتُهُمَا**) لأنها تَبَعٌ للنفقةِ، ولهذا وقع في وصايا ابنِ شعبانَ فيمن أَوْصَى لِرَجُلٍ بنفقتِه - أَنَّ له الكُسْوَة.

وقوله: (**والسِّعْرُ واحِدٌ أَوْ مُخْتَلِفٌ**) نحوُه في المدونةِ، ولعل الموجبَ لذلك العادةُ وصعوبةُ ضبطِ مقدارِ النفقةِ كلَّ يومٍ.

وقوله: (**وقِيلَ**) نحوُه في الجواهر.

ابن عبد السلام: ولا أَذْكُرُ قائلَه في المذهبِ، ووجهُه إِنْ ثَبَتَ القياسُ على نفقةِ العاملِ في القراضِ، ويَلْزَمُ على هذا ألا تَجِبَ لهم الكسوةُ إلا في المالِ الكثيرِ كالقراضِ.

ابن يونس: وينبغي إذا كان لكلِّ واحدٍ عيالٌ واختَلَفَتْ أسعارُ البلدينِ اختلافاً بَيِّناً أَنْ يَحْسُبَ النفقةَ؛ إِذْ نفقةُ العيالِ ليستْ مِن التجارةِ، وقال اللخمي: ظاهرُ المذهبِ أنه لا التفاتَ إلى اختلافِ السِّعْرَيْنِ، والقياسُ - إذا كان البلدان قراراً لهما -: أَنْ يُحاسَبَ مَن كان في البلدِ الغالي بما بَيْنَ السِّعْرَيْنِ، فإن لم يكن واحدٌ منهما في قرارِه لم يُحاسَبْ بما بَيْنَ السعرين، وإن كان أحدُهما ببلدِه - وهو أغلى - حُوسِبَ، وإن كان الذي بغيرِ بلدِه أَغْلَى لم يحاسَبْ.

ويَنبغي أن يُقيد هذا بما إذا كان الشريكان متقاربين في النفقةِ والكسوةِ، وأما إن كان أحدُهما يَقْنَعُ بِالْخَرِشِ مِنَ الطعامِ والغليظِ مِن الثيابِ فَيَحْسُبُ كلُّ واحدٍ نفقتَه، قاله ابنُ عبد السلام.

فَإِنْ كَانَ لأَحَدِهِمَا عِيَالٌ دُونَ الآخَرِ حَسَبَ كُلُّ واحِدٍ نَفَقَتَهُ

تصورُه ظاهرٌ.

ويَنْقَطِعُ التَّصَرُّفُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا

لأنَّ المالَ بَعْدَ الموتِ للورثةِ، وهذا ظاهرٌ إِنْ عَلِمَ الحيُّ بموتِ شريكِه، وأَمَّا إِنْ لم يُعْلَمْ فينبغي أَنْ يَجْرِيَ ذلك على الخلافِ إذا مات المُوَكِّل، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

وإذا تنازعا في قدر المالين حمل على النصف

ابنُ عبد السلام: هذا قولُ أشهب في الموازية بشرطِ أن يحلفَ؛ لأنه الغالب ولأنهما تساويا في الحيازة واليمين. وقال ابن القاسم في الموازية أيضاً: إذا قال أحدُهما: لك الثلثُ ولِيَ الثلثان. وقال الآخَرُ: المالُ بيننا نصفين. وليس المالُ بِيَدِ أحدِهما - فلِمُدَّعِي الثلثين النصفُ، ولمدعي النصفِ الثلثُ، ويُقْسَمُ السدسُ بينهما نصفين، وفي قول أشهب نظرٌ؛ لأَنَّ حلفَ مدعي [٥٥٣/ ب] الثلثين وأَخْذَه النصفَ لا تَحْتَمِلُه الأصولُ.

وفي شيء بيد أحدهما فهو للشركة

يعني: إذا تنازعا في شيءٍ بِيَدِ أحدِهما، هل هو مِن مالِ الشركةِ أَمْ لا؟ فهو للشركةِ، وهذه مسألةُ المدونةِ لكنها مفروضةٌ فيها في قيامِ البينةِ بالمفاوضةِ لا في الإقرارِ، لَكِنِ الظاهرُ أنه لا فَرْقَ بَيْنَ البينةِ والإقرارِ، ونَصَّ فيها على أن القولَ لِمُدَّعِي الدخولِ إلا أَنْ تَقُومَ البينةُ للآخَرِ.

بعضُ القرويين: وكذلك يَجِبُ إذا أقام أحدُهما البينةَ أن الآخَرَ شريكُه في جميعِ ما بأيدِيهما إلا ما قامتِ البينةُ أَنَّ ذلك لأحدِهما كالمفاوضةِ، ولا فَرْقَ بَيْنَ اسْمِ الشركةِ والمفاوضةِ، إلا أن المفاوضةَ فيها إجازةُ بيعِ كلِّ واحدٍ منهما على صاحبِه، ونحوُه لسحنون، وظاهرُه أن الشهادةَ بمُطْلَقِ الشركةِ مقتضيةٌ لذلك.

اللخمي: إن أقام رَجُلٌ البينةَ على رَجُلٍ أنه شريكُه -لم يُقْضَ بالشركةِ في جميعِ أملاكِهما؛ لأن ذلك يَقَعُ على بعضِ المالِ وعلى جميعِه. وفي كتاب ابن سحنون: مَنْ أَقَرَّ أنه شريكُ فلانٍ في القليلِ والكثيرِ - كانا كالمتفاوِضَيْنِ في كلِّ ما بأيدِيهما مِن التجارةِ، ولا يدخلُ في ذلك مسكنٌ ولا خادمٌ ولا طعامٌ، فإن قال أحدُهما: هذا المالُ الذي بيدي ليس مِن الشركةِ، وإنما أَصَبْتُه مِن ميراثٍ أو جائزةٍ أو بضاعةٍ لِرَجُلٍ أو وديعةٍ - صُدِّقَ مع يَمِينِه،

إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الآخَرُ البينةَ أنه مِن الشركةِ، وأنه كان في يَدَيْهِ يومَ أَقَرَّ بِالشركةِ - كان بينهما؛ لأن العَيْنَ مِن التجارةِ، ولو كان بيدِه متاعٌ مِن متاعِ التجارة وقال: ليس هو منها ولم يَزَلْ في يدي قبل الشركة. كان بينهما ولم يُصَدَّقْ. وقال: وإن قال: فلانٌ شريكي. ولم يَزِدْ، ثم قال: إنما عَنَيْتُ في هذه الدارِ أو الخادمِ. صُدِّقَ مَعَ يَمِينِه.

وإن قال في حانُوتٍ في يَدِهِ: فلانٌ شريكِي فيما فيه. ثم أَدْخَلَ فيه عِدْلَيْنِ وقال: ليس هما مِن الشركةِ. وقال الآخرُ: قد كانا في الحانُوتِ يومَ إقرارِه. كان القولُ قولَه، أَنَّهُما كانا فيه، إِلَّا أَنْ يُقيمَ الآخَرُ بينةً، وقال سحنون أيضاً وأشهبُ: لا يكونُ بينهما، ويُصَدَّقُ مَنْ قال أنه أَدْخَلَه بَعْدَ الإقرارِ؛ لأنَّ ما في الحانوتِ غيرُ معلومٍ. انتهى.

واختُلِفَ إذا شَهِدَ الشهودُ بالمفاوضةِ: هل يُكْتَفَى بذلك - وإليه ذَهَبَ ابنُ سَهْلٍ - أَوْ لا بُدَّ أَنْ يَقُولَ الشهودُ: أَقَرَّ عندنا بالمفاوضةِ، أو أَشْهَدَ بها. وإليه ذَهَبَ ابنُ العطار وابنُ دَحُونَ وابنُ الشَّقَّاقِ؟ والأَوَّلُ أظهرُ إذا كان الشهودُ عالمينَ بما يَشْهَدُونَ به.

فرع: وإِنْ قالتِ البينةُ: نَعْلَمُ أنه وَرِثَه ولا نَعْلَمُ هل قَبْلَ المفاوضةِ أو بَعْدَها. فذلك له، ولا يَدْخُلُ في المفاوضةِ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ خروجِ الأَمْلاكِ عن يَدِ أَرْبَابِها، فلا يَنْتَقِلُ إلا بيقينٍ.

وَلَوِ اشْتَرَى مِنَ الْمَالِ جَارِيَةً لِنَفْسِهِ خُيِّرَ الآخَرُ فِي رَدِّهَا شَرِكَةً كَالْمُقَارِضِ لا كَالْمُودِعِ ....

أي: ولو اشترى أَحَدُ الشريكينِ مِن المالِ جاريةً لِنَفْسِه للوطءِ أو للخدمةِ، قال في المدونة: وأَشْهَدَ على ذلك. ابنُ يونس: يُرِيدُ: ولم يَطَأْهَا. خُيِّرَ شريكُه بين أَنْ يُجِيزَ له ذلك أو يَرُدَّها في الشركةِ. قال في المدونةِ: وليس مَنْ فَعَلَ ذلك مِن المتفاوضَيْنِ كغاصبِ الثَّمَنِ أو مُتَعَدٍّ في وديعةٍ اشترى بها سلعةً، أو مقارضٍ أو وكيلٍ تَعَدَّى، فَرَبُّ المالِ مخيَّرٌ فيما

اشترى: إنْ شاءَ أَخذَه أو تَركَه؛ لأنَّ هؤلاء أُذِنَ لهم في تَحْرِيكِ المالِ، ولِكُلِّ مُتعَدٍّ سُنَّةٌ يُحْمَلُ عليها.

ولَوْ وَطِئَ جَارِيَةَ الشَّرِكَةِ فَلِلآخَرِ تَقْوِيمُهَا أَوْ إِبْقَاؤُهَا، وقِيلَ: تَتَعَيَّنُ مُقَاوَمَتُهُمَا لَهَا، وقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: تَتَعَيَّنُ إِنْ كَانَ فِي شَرِكَةِ مُفَاوَضَةٍ، أَمَّا لَوْ كَانَ بِإِذْنِهِ تَعَيَّنَ التَّقْوِيمُ ....

لشراءِ الجاريةِ ثلاثةُ أوجهٍ:

الأولُ: أن يشتريَها لِنَفْسِه، وهو الوجهُ المتقدمُ.

الثاني: أن يشتريَها للوطءِ بإذنِ شريكِه، فلا شكَّ أن شريكَه أَسْلَفَه نصفَ ثَمَنِها، وأن ربحَها له وعليه نقصُها.

الثالث: أن يشتريَها للتجارةِ ثم يطأُها، فإنْ وَطِئَها بإذنِ شريكِه فكالأَمَةِ المُحَلَّلَةِ وإليه أشار بقولِه آخِراً: (**أَمَّا لَوْ كَانَ بِإِذْنِهِ تَعَيَّنَ التَّقْوِيمُ**) وإن لم يَأْذَنْ ولم تَحْمِلْ، فذَكَرَ المصنفُ ثلاثةَ أقوالٍ، وتَصَوُّرُها مِن كلامِه ظاهرٌ:

الأول: أَنَّ الشريكَ بالخيارِ إِنْ شاءَ قَوَّمَها وإن شاءَ أَبْقاها على الشركةِ، وهو قولُ غيرِ ابنِ القاسمِ في المدونةِ، لكن في نَقْلِه نَظَرٌ؛ لأن مقتضى المدونةِ إنما هو التخييرُ في إبقائِها على الشركةِ أو إمضائِها بالثَّمَنِ لا بالقِيمَةِ.

والقول الثاني: أنها يَتَقَاوَيَانِهَا خاصَّةً؛ أي: يَتَزَايَدَانِ فيها إلى أَنْ تَقِفَ على أحدِهما، وهو ظاهرُ قولِ مالكٍ في المدونةِ.

ابنُ القاسمِ مُتَمِّماً له: وإِنْ شاء الشريكُ نَقَدَها لشريكِه الذي وَطِئَها بالثَّمَنِ الذي اشتراها به، فإِنْ لم يَنْقُدْهَا بِالثَّمَنِ الذي اشتراها به وقال: لا أُقَاوِيها، ولكن أَرُدُّها في الشركةِ، لم يَكُنْ له ذلك، وعلى هذا يُقيدُ كلامُ المصنفِ بما إذا لم يُرِدِ الشريكُ إمضاءَها بالثمنِ، ويحتمل أن يُريد بالقولِ الثاني ما نقله ابنُ يونس وغيرُه عن ابنِ المواز أن المقاواةَ إنما تكونُ

بَيْنَ الشريكين في هذه الأَمَةِ إذا أراد المقاواةَ قَبْلَ الوطءِ، فأما إذا وَطِئَ أحدُهما فقد لَزِمَته القيمةُ إن شاء شريكُه، وأما إِنْ حَمَلَتْ فلابُدَّ مِن القِيمَةِ في يُسْرٍ، شاءَ شريكُه أو أَبَى. ولم أَقِفْ على القولِ الثالثِ.

واختار اللخميُّ التفرقةَ بَيْنَ أَنْ يَكونَ الشريكُ فَعَلَ ذلك جَهْلاً مُعْتَقِداً للجوازِ - فيجوزُ بقاؤُها على الشركةِ وتَحْتَ أَيدِيهما، وبَيْنَ أن يَكون وَطْؤُه لها وهو عالِمٌ بتحريمِ فِعْلِه - فلا يجُوزُ إبقاؤُها على الشركةِ إلا أَنْ تكونَ بيَدِ الشريكِ الآخَرِ، بشرطِ أن يَكونَ مأموناً، واحتجَّ بما قاله ابنُ القاسم في كتابِ المَدَنِيين فيمن وَطِئَ أختَه مِن الرَّضاعِ بملكِ اليمينِ: أنها تُباعُ عليه إِنْ كان عالماً، وإِنْ ظَنَّ جوازَ ذلك ولم يُتَّهَمْ على العَوْدَةِ لم تُبَعْ، وتعقب التونسيُّ قولَ ابنِ المَوَّازِ المتقدِّمَ: (إنما تكون المقاواة في هذه الأمة... إلخ) فقال: وقوله: (إنما تكون المقاواة قبل الوطء) صوابٌ.

وقوله: (إذا وَطِئ فقد لزمته القيمة [٥٥٤/أ] إن شاء شريكه) إِنْ كان مرادُه أن الشريكَ قد أَذِنَ له في الوطءِ - فتَجِبُ القيمةُ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ على مشيئةِ الشريكِ الآخَرِ، كَالْأَمَةِ المحللةِ، وإن كان بغيرِ إِذْنِه فهو مُتَعَدٍّ إن شاء صاحبُه أمضاها وإن شاءَ قاواه فيها.

واعلمْ أَنَّ الأمَةَ المشتراةَ للتجارةِ ثم يَطَؤُها على ضربين:

أحدهما: أن يشتريَها للتجارةِ مِن غَيْرِ قَصْدِ وَطْءٍ، ثم يَطَؤُها.

والثاني: أن يشتريَها ليَطَأَها على أن الخَسارَةَ والربحَ فيها على المال، وهذه الثانيةُ هي التي ذَكَرَ فيها في المدونةِ الخلافَ، وأما الأُولَى فيُخَيَّرُ شريكُه بَيْنَ مطالبتِه بالقيمةِ أو تَرْكِها بينهما إِنْ لم تَحْمِلْ، هكذا قاله جماعةٌ مِن علمائِنا رضي الله عنهم.

وفي قوله: (**أَمَّا لَوْ كَانَ بِإِذْنِهِ تَعَيَّنَ التَّقْوِيمُ**) الإتيانُ بجوابِ أما مِن غيرِ فاءٍ، وهو لا يَكونُ إلا نادراً، كقولِه صلى الله عليه وسلم: «**أما بعد: ما بال رجال**» وقد كَثُرَ هذا في كلامِ المصنفِ فتَتَبَّعْهُ.

فَلَوْ حَمَلَتْ قُوِّمَتْ

يعني: أن ما تقدم إنما هو إذا وُطِئَتْ ولم تَحْمَل، وأما إِنْ حَمَلَتْ فإنها تُقَوَّمُ، وهذا صحيحٌ إِنْ كان الشراءُ للوطءِ بإذنِ الشريكِ، أو اشتُرِيَتْ للتجارةِ خاصةً ووَطِئَها أحدُهما بإِذْنِ الآخَرِ، وأما إن وَطِئَها بغيرِ إِذْنٍ فيُفَصَّلُ فيها - على ما عُلِمَ مِن المشهورِ - بَيْنَ أن يَكونَ الواطِئُ مَلِيئاً أو مُعْدِماً.

ولَوِ اشْتَرَى مِنَ الْمَالِ مُؤْنَةً أَوْ كِسْوَةً مُعْتَادَةً لِنَفْسِهِ فَهِيَ لَهُ إِذْ عَلَى ذَلِكَ دَخَلا بِخِلافِ نَفِيسِهِمَا ....

يعني: لو اشترى أَحَدُ المتفاوِضَيْنِ مِن المالِ مؤنةً أو كسوةً له أو لعيالِه مما يَلِيقُ به، وهو مرادُه بقوله: (**مُعْتَادَةً**) فذلكَ له، ولا كلامَ لشريكِه فيه؛ لأن كُلاًّ منهما دَخَلَ على ذلك، قال في المدونة بعد أَنْ ذَكَرَ كُسْوَةَ العيالِ: تُلْغَى إلا كسوةً لا يَبْتَذِلُها العيالُ كوَشْيٍ ونحوِه، فهذا لا يُلْغَى. ابنُ المواز: ولا يَلْزَمُ ذلك إلا مَن اشتراه. وقال سحنون: تكون الثيابُ بينهما. ابنُ يونس: يُريد إن شاء ذلك شريكُه لرجاءِ فَضْلِ الثيابِ أو غيرِ ذلك.

قوله: (**نَفِيسِهِمَا**) أي: أجودهما.

وشَرْطُ شَرِكَةِ الْعَمَلِ الاتِّحَادُ فِيهِ وفِي الْمَكَانِ

لما انقضى كلامُه على شركةِ الأموالِ أَتْبَعَه بشركةِ الأبدانِ، ولا خلافَ عندنا في جوازِها.

ولجوازها شروط:

أولها: أَنْ يَتَّحِدَ العملُ، فلا يجوزُ أن يَشتركَ مختلِفَا الصنعةِ كصَبَّاغٍ ونَجَّارٍ ؛ لما في ذلك مِن الغَرَرِ؛ إِذْ قد تنفق صنعةُ أحدِهما دُونَ الآخَرِ، فيأخذ مَن لم تنفقْ صنعتُه مِن غيرِ عَمَلٍ. أبو عبد الله الذَّكِيُّ: ولو كان المُعَلِّمانِ أحدُهما قارئٌ والآخرُ حاسِبٌ واشتركا على أَنْ

يَقْتَسِمَا على قَدْرِ عَمَلَيْهِمَا فيجري ذلك مجرى جَمْعِ الرَّجُلَيْنِ سِلْعَتَيْهِمَا في البيعِ، وعلى هذا تَجُوزُ الشركةُ بَيْنَ مختَلِفَي الصنعةِ إذا كانت الصنعتان متلازمتين، ونصَّ اللخميُّ على الجوازِ فيما إذا تَشَارَكا وأحدُهما يَحِيكُ والآخَرُ يَخْدِمُ ويَتَوَلَّى ما سِوَى النَّسْجِ إذا تَقَارَبَتْ قيمةُ ذلك، قال: وليس ذلك كالصنعتين المختلفتين؛ لأنهما هنا إِمَّا أَنْ يَعْمَلا جميعاً أو يَعْطُلا جميعاً، ولم يَكُنْ هذا غَرَراً. وعلى مثلِ هذا أُجِيزَتِ الشركةُ في طَلَبِ اللؤلؤِ، أحدُهما يَطلبُ الغَوْصَ والآخرُ يَقْذِفُ أو يُمْسِكُ عليه إذا كانت الأجرةُ سواءً.

ثانيها: أن يَتَّحِدَ المكانُ، والعلةُ فيه كالأُولَى؛ لأنه يحتمل أَنْ ينْفَقَ أَحَدُ المكانَيْنِ دون الآخَرِ، وأجاز في العتبية كونَهما في مكانين إذا اتَّحَدَتِ الصَّنْعَةُ.

عياض: وتَأَوَّلَهُ شيوخُنا على أنهما يَتَعاونانِ في الموضعين، وأنَّ نَفَاقَ صنعتِهما في الموضعين سواءٌ، وعلى هذا فيكون الخلافُ وفاقاً للمدونةِ؛ إِذْ ليس المقصودُ الجلوسَ في موضعٍ إلا لتَقَارُبِ استوائِهما. وحَمَلَ اللخميُّ العتبيةَ على الخلافِ، وهذان الشرطان هما اللذان ذَكَرَهما المصنفُ.

والثالث: أَنْ يَتساوَيَا في الصنعةِ أو يَتَقارَبا، وإلا فلا تَجُوزُ الشركةُ إلا على قَدْرِ التقاربِ، كما لو كان أحدُهما يَعْمَلُ قَدْرَ الآخَرِ مرتين، ويَكون بينهما على الثلثين والثلث.

اللخمي: ولو تَبَاينا في الجودةِ والرداءةِ وكان أكثرُ ما يصنعانه الأدنى - جازتْ شركتُهما؛ لأن صاحبَ الأَعْلَى يَعْمَلُ الأَدْنَى، ولا حُكْمَ للقليلِ، وإن كان الأكثرُ هو الأعلى أو كان كلُّ واحدٍ كثيرًا -لم يَجُزْ؛ لأنه غَرَرٌ وتَفَاضُلٌ.

الشرط الرابع: أن يَكون في اشتراكِهما تعاونٌ؛ ففي العتبية سُئِلَ عن صيادِينَ معهم شباكٌ، فقال بعضُهم لبعضٍ: تعالَوْا نَشْتَرِكُ فما أَصَبْنَا فهو بَيْنَنَا. فضَرَبَ أحدُهم شبكةً فأَخْرَجَ صيداً وأَبَى أَنْ يُعْطِيَ الآخرين، فقال: ذلك له، وليس لهما فيما أصاب شيءٌ؛ لأنها

شركةٌ لا تَحِلُّ. قال في البيان: لأنَّ شركةَ الأبْدَانِ لا تَجوزُ إلا فيما يَحتاجُ الاشتراكُ فيه إلى التعاونِ؛ لأنهم متى اشتركوا على أن يَعمل كلُّ واحدٍ منهم على حِدَةٍ - مِن الغَرَرِ البَيِّنِ.

الخامس: أن تكون قسمتُهما على قَدْرِ عملِهما.

فَإِنْ كَانَتِ الأَدَاةُ لأَحَدِهِمَا فَلَهُ الأُجْرَةُ، ويَجُوزُ التَّطَوُّعُ بِالتَّافِهِ مِنْهَا

يعني: أَنَّ ما قَدَّمَه إنما هو في الصنعةِ التي لا آلَةَ لها، أو لها آلةٌ ولكنْ لا قَدْرَ لها كالخِياطَةِ، وأما إذا كانت تَحتاجُ إلى آلةٍ كالصِّباغَةِ والنِّجارَةِ والصيدِ بالجَوَارِحِ، فيُزادُ اشتراطُ أَنْ يَشْتَرِكا في الآلَةِ بالملكِ أو الإجارةِ مِن غيرِهما، وهل يَجوزُ أَنْ يُؤَاجِرَ أحدُهما نصفَ الآلةِ مِن صاحبِه؟ عياض وغيرُه: وهو ظاهرُ الكتابِ. ابنُ عبد السلام: وهو المشهورُ، وعليه اقتَصَرَ المصنفُ، وهو معنى قوله: (**فَإِنْ كَانَتِ الأَدَاةُ لأَحَدِهِمَا فَلَهُ الأُجْرَةُ**) ولابنِ القاسمِ وغيرِه المَنْعُ إلا بالتساوي في المِلْكِ والكراءِ مِنْ غيرِهما.

واختُلِفَ إذا أَخْرَجَ كُلُّ واحدٍ منهما آلةً مساوِيَةً لآلةِ الآخَرِ، هل يُكْتَفَى بذلك وهو قولُ سحنون، أو لا بُدَّ أَنْ يَشتركا في الآلةِ ليَضْمَنَاها، لكنْ إِنْ وَقَعَ مَضَى، وهو ظاهرُ المدونةِ؟ واختُلِفَ في تأويلِها على ذلك.

وقوله: (**ويَجُوزُ [٥٥٤/ب] التَّطَوُّعُ بِالتَّافِهِ مِنْهَا**)، قال في المدونة: كقَصْرِيَّةٍ ومِدَقَّةٍ يَتطَوَّعُ بها أَحَدُ القَصَّارِينَ على الآخَرِ، والأداةُ هي الآلَةُ، وهي الواسطةُ بَيْنَ الفاعلِ والمُنْفَعِلِ.

ولا تَصِحُّ شَرِكَةُ الْوُجُوهِ، وفُسِّرَتْ بِأَنْ يَبِيعَ الْوَجِيهُ مَالَ الْخَامِلِ بِبَعْضِ رِبْحِهِ، وقِيلَ: هِيَ شَرِكَةُ الذِّمَمِ - يَشْتَرِيَانِ ويَبِيعَانِ والرِّبْحُ بَيْنَهُمَا مِنْ غَيْرِ مَالٍ، وكِلْتَاهُمَا فَاسِدَةٌ، وتُفْسَخُ ....

يعني: أن شركةَ الوُجُوهِ اتُّفِقَ على مَنْعِها، واختُلِفَ في تفسيرِها، والتفسيرُ الأولُ نَسَبَه في الجواهرِ لبعضِ العلماءِ، والثاني لعبدِ الوهاب، وفَسَدَتْ في التفسيرِ الأولِ لما في ذلك

مِن الإجارةِ المجهولةِ والتدليسِ على الغَيْرِ؛ وذلك لأنَّ كثيراً مِن الناسِ يَرْغَبُ في الشراءِ مِنْ أَمْلِيَاءِ السُّوقِ لاعتقادِهم أَنَّ الأملياءَ إنما يَتَّجِرُونَ في جَيِّدِ السِّلَعِ، وأنَّ فقراءَهم على العكسِ، فإذا دَفَعَ الفقيرُ سلعتَه للوجيهِ بجزءٍ مِن الربحِ - كان إجارةً بشيءٍ مجهولٍ، وأما التدليسُ فهو إيهامُ المشتري.

ابنُ عبد السلام: وقد كره جماعةٌ مِنْ أَهْلِ المذهبِ خَلْطَ البَلَدِيِّ مِن السِّلَعِ بالمجلوبِ، وإِنْ كانت صِفَتُها واحدةً، وكذلك مَنَعَ أهلُ المذهبِ أيضاً خلطَ سلعةٍ مِنْ غَيْرِ التَّرِكَةِ بها، ومَنَعُوا أَنْ يُخْرِجَ التاجرُ مِن أهلِ السُّوقِ سلعةً مِن حانوتِه فيبيعَها على أَنَّها ليستْ مِن سِلَعِ تُجَّارِ السُّوقِ.

وفَسَدَتْ في التفسيرِ الثاني؛ لأن ذلك مِنْ بابِ: تَحَمَّلْ عَنِّي وأَتَحَمَّلُ عَنْكَ. وَأَسْلِفْنِي وأُسْلِفُكَ. فيكونُ مِن بابِ الضَّمانِ بِجُعْلٍ، والسَّلَفِ بزيادةٍ.

وقولُه: (**يَشْتَرِيَانِ ويَبِيعَانِ**) يُشْتَرَطُ أَلا يكونَ ذلك في مُعَيَّنٍ، وأما الاشتراكُ في سلعةٍ معينةٍ فهو جائزٌ كما تَقَدَّمَ.

وقولُه: (**وكِلْتَاهُمَا فَاسِدَةٌ، وتُفْسَخُ**) ظاهرٌ، وهو كالتأكيد لقولِه: (**ولا تَصِحُّ**).

وَمَا اشْتَرَيَاهُ فَبَيْنَهُمَا عَلَى الأَشْهَرِ

يعني: وما اشترياه أو أحدُهما في شركةِ الذِّمَمِ - فهو بينهما على الأَشْهَرِ، يُرِيدُ: قبل أَنْ يُعْثَرَ على ذلكَ، وقيل: بَلْ مَنِ اشْتَرَى شيئاً فهو له. والأَشْهَرُ لابنِ القاسمِ في المدونةِ، وبه قال أصبغُ وغيرُه، ومقابلُه لسحنون، والأَشْهَرُ أَظْهَرُ؛ لأن كُلاًّ منهما وَكِيلٌ عن صاحبِه، لكنْ بِعِوَضٍ فاسدٍ، وفسادُ العوضِ في الوكالةِ لا يُوجِبُ للوكيلِ ملكَ ما اشتراه باتفاقٍ، وقاله اللخمي.

وَأَمَّا اشْتَرِ هَذِهِ السِّلْعَةَ لِي وَلَكَ فَوَكَالَةٌ مَقْصُورَةٌ وَإِنْ حَصَلَتْ الشَرِكَةُ كَمَا لَوِ اشْتَرَى مِنْهُ جُزْءَهَا أَوْ وَرِثَاهَا ....

قوله: (**فَوَكَالَةٌ مَقْصُورَةٌ**) أي: فلا يكونُ له البيعُ إلا بإذنِه، كما لو اشترى منه جزءَ سلعةٍ أو وَرِثَها عن أَبٍ أو غيرِه، وهو ظاهرٌ.

وانظرُ كيف أَوْلَى المصنفُ (**أَمَّا**) فِعْلاً، وإنما يَليها اسمٌ أو حرفٌ، ولعله على إضمارِ اسمٍ، تقديرُه: (وأما قولُه: اشْتَرِ).

فرع: فلو قال: اشترِ لي ولك بشرطِ أَنْ تَنْقُدَ عَنِّي، لكانت شركةً مستلزِمَةً للسَّلَفِ، لكن لمالكٍ في الموطأ - في الرَّجُلِ يقولُ لآخرَ: اشترِ هذه السلعةَ بيني وبينك، وانْقُدْ عَنِّي وأنا أبيعُها لك -:إن ذلك لا يَصِحُّ حين قال: انْقُدْ عَنِّي وأنا أَبيعُها لك. وإنما ذلك سلفٌ يُسْلِفُه إياه على أن يبيعَها له. وظاهرُه أنه لولا قولُه: أبيعُها لك. لجازَتِ المسألةُ؛ لأنه معروفٌ صَنَعَه أحدُهما مع صاحبِه مِن غيرِ عوضٍ، وهو سلفُه له الثَّمَنَ مع تَوَلِّي الشراءِ عنه، وإنما دخل الفسادُ لمقابَلَةِ البيعِ بالسَّلَفِ.

وإذا وقعتْ مسألةٌ مثلُ هذه فقال الباجي: تكونُ السلعةُ بينهما، وليس له بيعُ حَظِّ المُسْلِفِ مِن السلعةِ إلا أن يَستأجرَه بعد ذلك استئجاراً صحيحاً وعليه ما أَسْلَفَه نقداً، وإن كان قد باع فله جَعْلُ مِثْلِهِ في نصيبِ المُسْلِفِ، ولو ظُهِرَ عليه قَبْلَ النَّقْدِ لأَمْسَكَ المُسْلِفُ ولم ينقد، وهما في السلعة شريكان يَبيعُ كلُّ واحدٍ منهما نصيبَه إِنْ شاءَ أو يستأجِرُ عليه إِنْ كان السَّلَفُ مِن جانبِ مُتَوَلِّي الشراءِ، وأما إذا كان السَّلَفُ مِن جانِبِ مَن لم يَتَوَلَّهُ، فقال ابنُ عبد الحكم: اختَلَفَ قولُ مالكٍ في الذي يُسْلِفُ رجلاً سَلَفاً لِيُشَارِكَه وذلك منه على وَجْهِ الرِّفْقِ والمعروفِ، قال ابنُ القاسم: فأجازه مالكٌ مَرَّةً وكَرِهَهُ مَرَّةً، واختار ابنُ القاسم جوازَه.

وإن كان سَلَّفَه لبَصيرَتِهِ في التجارةِ وتَشارَكَا على ذلك -لم يَجُزْ؛ لأنه سَلَفٌ جَرَّ نَفْعاً.

قال في البيان: ولا خلافَ في الجوازِ إذا صَحَّتِ النيةُ في ذلك، ولا في عَدَمِه إذا قَصَدَ منفعةَ نفسِه، وإنما الخلافُ إذا لم يَقْصِدْ.

وكَمَا لَوِ اشْتَرَى سِلْعَةً فِي سُوقِهَا لِلْبَيْعِ لا لِلْقِنْيَةِ ولا لِسَفَرٍ، وغَيْرُهُ مِنْ أَهْلِهَا حَاضِرٌ لَمْ يَتَكَلَّمْ فَإِنَّهُ يُجْبَرُ لَهُ إِنْ شَاءَ مَا لَمْ يُبَيِّنْ أَنَّهَا لَهُ خَاصَّةً ....

هذه المسألةُ تُلَقَّبُ بشركةِ الجَبْرِ، واتَّفَقَ مالكٌ وأصحابُه على القولِ بها، وقَضَى بها عمرُ رضي الله عنه.

وقوله: (**سِلْعَةً**) ظاهرُه سواءٌ كانت طعاماً أو غيرَه، وهو قولُ ابنِ القاسمِ وغيرِه، ورَأَى أشهبُ أن ذلك في الطعامِ فقط.

وظاهرُ قولِه: (**فِي سُوقِهَا**) أنه لو اشتراها في الأَزِقَّةِ لا يَكُونُ الحُكْمُ كذلك، وهو قولُ أصبغَ وغيرِه، وقال ابنُ حبيبٍ: لا فَرْقَ بَيْنَ السُّوقِ والزُّقَاقِ. وقال في البيان: وأمّا ما ابتاعه الرَّجُلُ في دارِه أو حانوتِه فلا شركةَ لأحدٍ معه فيه ممن حَضَرَ الشراءَ باتفاقٍ.

وقولُه: (**لِلْبَيْعِ**) أي: ليبيعَها أو لِيَتَّجِرَ فيها في البلدِ نفسِه، وأما لو اشتراها للقنيةِ أو ليسافرَ بها إلى غيرِ البلدِ – فلا شركةَ لغيرِه معه فيها، وإذا زَعَمَ أنه لم يَشْتَرِ للتجارةِ صُدِّقَ مع يمينه، إلا أن يَتَبَيَّنَ كَذِبُهُ لكثرةِ ما اشتراه أو غيرِ ذَلِكَ.

وقوله: (**وغَيْرُهُ مِنْ أَهْلِهَا**) هي جملةٌ في موضعِ الحالِ، وظاهرُ كلامِه إنما يَكونُ ذلك لتجارِ تلك السلعةِ، وهو قولُ أصبغَ وابنِ حبيب، وقال ابنُ الماجشون: ذلك لجميعِ التجارِ.

وقوله: (**فَإِنَّهُ يُجْبَرُ**)؛ أي فإن المشتريَ يُجْبَرُ لغيرِه على الشركةِ إن شاءَ الغيرُ ذلك، إلا أن يُبَيِّنَ الآخِذُ أنه إنما أخذها له فقط. فلو قال التُّجَّارُ لمتولي الشراءِ: أَشْرِكْنَا في هذا.

فقال: نعم. أو سَكَتَ - فيُقْضَى لهم عليه إِنْ طَلَبُوا بعد ذلك الدخولَ [٥٥٥/ أ] عليه وامْتَنَعَ، ويُقْضَى له هو عليهم إِنْ طَلَبَ منهم الدخولَ معه لظهورِ الخسارةِ، وإن قالوا له - وهو يَسُومُ -: أَشْرِكْنَا وَاشْتَرِ علينا. فسَكَتَ وذَهَبُوا، فاشترى بعد ذَهابهم ثم سألوه - لم يَلْزَمْهُ ويَحْلِفُ: ما اشْتَرَى عليهم. فلو طَلَبَهم هو لَزِمَهُم بِسُؤَالِهم، وإِنْ زعم فيما اشتراه أنه لم يَشْتَرِهِ للتجارةِ فهو مُصَدَّقٌ في ذلك مع يَمينِه، إلا أَنْ يَتبين كذبُه لكثرةِ ما اشتراه أو غيرِ ذلك.

وَالْمُشْتَرَكُ مِمَّا لا يَنْقَسِمُ يَلْزَمُهُ أَنْ يُعَمِّرَ أَوْ يَبِيعَ وَإِلا بَاعَ الْحَاكِمُ بِقَدْرِ مَا يُعَمِّرُ

يعني: إِنْ كان بَيْنَ شَريكين مِنَ الرَّبْعِ ما لا يُحْكَمُ بِقِسْمَتِه، واحتاج ذلك الرَّبْعُ إلى إصلاحٍ وشِبْهِه، فيُلْزَمُ مَنْ أَبَى العمارةَ أَنْ يُعَمِّرَ أو يَبِيعَ لمن يُعَمِّرُ، فإِنْ فَعَلَ وإلا باع الحاكمُ عليه بقَدْرِ ما يُعَمِّرُ.

ابنُ عبد السلام: وظاهرُ إطلاقاتِهم أن للقاضي بَيْعُ جميعِ نصيبِ الآبِي مع شريكِه، ويترجح هذا بأنَّ فيه تَقْلِيلَ الشركاءِ؛ إِذْ يَلْزَمُ مما قاله المصنفُ كثرةُ الضررِ لكثرةِ الشركاءِ؛ لأنه إذا بِيعَ بعضُ نصيبِ الآبِي مِنْ ثالثٍ صاروا ثلاثةَ شركاءٍ بعد أن كانوا اثنين إلا أَنْ يُقَالَ: فإنه إنما أُبِيحَ البيعُ للضررِ الحاصِلِ، وذلك يَرْتَفِعُ بقدرِ الحاجةِ.

قوله: (والمنقسم) هو قسيمُ قولِه: (**مِمَّا لا يَنْقَسِمُ**) أي: وإِنْ كان مما يَقْبَلُ القِسْمَةَ قُسِمَ، وهو ظاهرٌ.

وَيُجْبَرُ الْعُلْوُ السُّفْلَ عَلَى الْبِنَاءِ أَوِ الْبَيْعِ

يعني: ويُجْبِرُ صاحبُ العُلْوِ صاحبَ السُّفْلِ أن يَبْنِيَ سُفْلَه أو يبيعَه لمن يَبنيه إذا خاف صاحبُ العُلوِ على علوِه السقوطَ.

ابن عبد السلام: وقوله: (**أَوِ الْبَيْعِ**) يحتمل أن تكون (ال) للتعريف؛ أي: لتعريفِ الحقيقةِ، ويكون المعنى كما ذكرنا أنه ظاهرُ إطلاقاتهم في المسألةِ السابقةِ، وكذلك ظاهرُ إطلاقاتِهم هنا.

ويحتمل أن تكُونَ للعَهْدِ؛ أعني البيعَ السابقَ في كلامِه.

ابن القاسم: ويُخَيَّرُ صاحبُ السُّفْلِ بين أَنْ يَبْنِيَ أو يبيعَه ممن يَبْنِي.

وقال سحنون: إنما يجوزُ البيعُ على هذا للضرورةِ إذا كان البائعُ لا مالَ له، ولو كان له مالٌ لم يَجُزِ البيعُ بشرطِ البناءِ. يُريد ويُجْبَرُ على أَنْ يَبْنِيَ.

ابن العطار: يُجْبَرُ صاحبُ السُّفْلِ على البناءِ إلا أن يَختار صاحبُ العلوِ أَنْ يَبنيه مِن مالِه، ويُمْنَعُ صاحبُ السُّفْلِ مِن الانتفاعِ به حتى يعطيَه ما أنفقَ.

وَيُعَلِّقُ السُّفْلُ الْعُلْوَ

يعني: إذا وَهَى الأسفلُ واحتاج العلوُ إلى تعليقٍ فهو على صاحبِ السفلِ؛ لأن التعليقَ كالبناءِ، وبناءُ الأسفلِ على صاحبه، فكذلك ما يَتَنَزَّلُ منزلتَه؛ لكونه قد وَجَبَ عليه حملُه، وهذا هو المعروفُ، وهو مذهبُ الرسالةِ.

وحكى اللخميُّ قولاً أَنَّهُ على صاحبِ العُلْوِ، واستحسنه.

وَالسَّقْفُ عَلَيْهِ وَيُحْكَمُ لَهُ بِهِ لَوْ تَنَازَعَاهُ

يعني: والسقفُ على صاحبِ السُّفْلِ، ولذلك لو تَنَازعَاهُ حُكِمَ له به، وحُكِيَ الإجماعُ عليه، واسْتُأْنِسَ لذلك بقوله تعالى: ﴿ لِبُيُوتِهِمْ سُقُفًا ﴾ [الزخرف:٣٣]، فأضافَ السقفَ إلى البيتِ، والبيتُ لصاحبِ السفلِ، فالسقفُ له.

أشهب: وكذلك البابُ على صاحبِ السفلِ.

فرع: وأمّا إنْ كان سببُ الانهدام وهاءَ العُلْوِ فإن كان صاحبُ السفلِ حاضراً عالماً ولم يَتكَلَّم على ذلك - لم يَضْمَنْ، واختُلِفَ إذا كان صاحبُ السُّفْلِ غائباً، وكان وهاءُ العلو مما يُخْشَى سُقُوطُه، فهل يَضْمَنُ، أَوْ لا يَضْمَنُ لأنه لم يُتَقَدَّمُ إليه؟

اللخمي: والأولُ أحسنُ، وإنْ تُقُدِّمَ إليه ولم يَفعل - ضَمِنَ بالاتفاقِ، وكذلك إذا كان سببُ الانهدامِ وَهَاءَ السُّفْلِ، وصاحبُ العُلْوِ حاضِرٌ، ولم يَتَقَدَّمْ إليه، أو كان غائباً.

وتَعْلِيقُ الأَعْلَى عَلَى الأَوْسَطِ

لأن الأعلى مع الأوسَطِ كالعُلْوِ مع السُّفْلِ.

والسُّلَّمِ عَلَى الأَعْلَى مِنَ الأَوْسَطِ، ويُخَرَّجُ عَلَيْهِ عَلَى الأَوْسَطِ، مِنَ السُّفْلِ، وقِيلَ: كَالسَّقْفِ ....

السُّلَّمُ الأَدْرَاجُ التي يَصْعَدُ بها صاحبُ العُلْوِ إلى عُلْوِهِ، وكان على الأعلى مِن الأوسطِ؛ لأن السلمَ إنما يَنْتَفِعُ به صاحبُ الأعلى، وهذا القولُ لابنِ القاسمِ في مختصرِ ابنِ عبد الحكم، وخُرِّجَ عليه على الأَوْسَطِ مِنَ السُّفْلِ، وهو تخريجٌ صحيحٌ.

وقوله: (**وقِيلَ: كَالسَّقْفِ**) ؛ أي فيكونُ السُّلَّمُ للأوسطِ على صاحبِ السُّفْلِ، وللأعلى على صاحبِ الأوسطِ بمنزلةِ السقفِ، وهذا القولُ حكاه ابنُ أبي زيد عن بعضِ القرويين.

ولَيْسَ لِصَاحِبِ الْعُلْوِ أَنْ يَزِيدَ

أشهب: إلا الشيءَ الخفيفَ الذي لا يَضُرُّ، وكذلك أيضاً إذا انْكَسَرَتْ خشبةٌ مِن العُلْوِ، فليس له أن يَعْمَلَ خشبةً أثقلَ مِن الأُولَى ثِقَلاً يَضُرُّ بالجدَارِ.

وكَنْسُ مِرْحَاضِ السُّفْلِ قِيلَ: عَلَى السُّفْلِ، وقِيلَ: عَلَى الجَمِيعِ عَلَى عَدَدِ الجَمَاجِمِ ....

والأَوَّلُ لابنِ القاسِمِ وأشهب، ووجْهُه أنها لصاحبِ السفلِ، وإنما لصاحبِ العلوِ الارتفاقُ بها كالسقفِ.

والقولُ الثاني لابنِ وهب وأصبغ، وهو أظهرُ.

ابن أبي زيد: وأَخَذَ بعضُ مَنْ وَلِيَ الحُكْمَ مِن متأخري أصحابِنا بقول ابنِ وهبٍ إذا كانت البئرُ محفورةً في الفناءِ، وبالأَوَّلِ إذا كانت البئرُ محفورةً في رَقَبَةِ الدارِ.

قال: ويَجري القولُ في المرحاضِ بين الدَّارَيْنِ على القولِ في العلوِ والسفلِ فيمن له رقبةُ البئرِ أو ليستْ له على الاختلافِ في ذلك.

وإِذَا انْهَدَمَتِ الرَّحَى الْمُشْتَرَكَةُ فَأَقَامَهَا أَحَدُهُمْ إِذَا أَبَى الْبَاقُونَ فَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: الْغَلَّةُ كُلُّهَا لِمُقِيمِهَا وعَلَيْهِ أُجْرَةُ نَصِيبِهِمْ خَرَاباً، وعَنْهُ أَيْضاً: يَكُونُ شَرِيكاً فِي الْغَلَّةِ بِمَا زَادَ بِعِمَارَتِهِ، فَإِذَا كَانَتْ قِيمَتُهَا عَشَرَةً وبَعْدَ الْعِمَارَةِ خَمْسَةَ عَشَرَ فَلَهُ ثُلُثُ الْغَلَّةِ بِعِمَارَتِهِ، والْبَاقِي بَيْنَهُمْ ثُمَّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَدْخُلَ مَعَهُ دَفَعَ مَا يَنُوبُهُ مِنْ قِيمَةِ ذَلِكَ يَوْمَ دَفْعِهِ، وقِيلَ: الْغَلَّةُ بَيْنَهُمْ ويَسْتَوْفِي مِنْهَا مَا أَنْفَقَ ....

الباء في قوله: (**بِعِمَارَتِهِ**) للسببية، والقولُ الثالثُ يُروى عن ابن القاسم أيضاً، وهو قولُ ابنِ الماجشون، وبالقولِ الثاني قال ابنُ دينار.

ابنُ عبد السلام: والثالثُ أقوى الأقوالِ عندي. والثاني ضعيفٌ للشراءِ بغيرِ اختيارِهم، أو ينفردُ بأكثرِ الغَلَّةِ عنهم، وهو أقوى مِن الأَوَّلِ الذي حَجَرَ عنهم ملكَهم، ولم يَجْعَلْ لهم فيه إلا أجرةَ الخرابِ.

فإن قيل: والثالث أيضاً ضعيف؛ لأن مُتَوَلِّي النفقةِ [٥٥٥/ ب] أَخْرَجَ مِن يَدِه ما أَنْفَقَ دَفْعَةً واحدةً ويَأْخُذُه مُقَطَّعاً مِن الغَلَّةِ.

قيل: هو الذي أَدْخَلَ نَفْسَه في ذلك اختياراً، ولو شاءَ لرَفَعَهم إلى القاضي فحَكَمَ عليهم بما قاله عيسى بن دينار عن مالك: إمَّا أَنْ يَبِيعوا، أو يُصْلِحُوا، أو يَبيعوا ممن يُصْلِحُ.

ولِكُلٍّ الْمَنْعُ فِي الْجِدَارِ الْمُشْتَرَكِ

يعني: لِكُلِّ واحدٍ مِن الشريكينِ مَنْعُ شريكِه مِن التصرفِ في الجدارِ المشتركِ حتى يَأْذَنَ له شريكُه كسائرِ الشَركاتِ.

وفي جَبْرِ مَنْ أَبَى القِسْمَةَ قولان

الجبرُ لابنِ القاسمِ في المدونةِ بشرطِ عدمِ الضررِ في ذلك، قيل له: فإِنْ كان لكُلِّ واحِدٍ جذوعٌ، قال: إذا كان جذوعُ هذا مِن هنا، وهذا مِن هنا لم يُسْتَطَع قسمتُه، ولكن يَتَقَاوياه، بمنزلةِ ما لا يَنقسمُ مِن العُرُوضِ والحيوانِ. والقولُ بعَدَمِ الجَبْرِ نَسَبَه اللخميُّ لأشهبَ، قال ابنُ القاسمِ: لأنَّ قسمتَه ضررٌ عَلَى مَن أَبَى، وليس منه شيءٌ إلا وله فيه مِرْفَقٌ يَضَعُ فيه خشبَه، ويَضربُ فيه وَتَدَه، ويَرْبِطُ فيه دابتَه. انتهى.

ونَسَبَهُ غيرُه لمطرفٍ وابن الماجشون قالا: لا يُقْسَمُ إلا عن تَراضٍ، مُجَرَّداً كان أو حامِلاً.

واستشكَلَ اللخميُّ قولَ ابنِ القاسمِ إذا كان لكلٍّ منهما عليه جذوعٌ لا تُمْكِنُ قسمتُه. قال: لأنَّ الحَمْلَ عليه لا يَمْنَعُ القَسْمَ كما لا يَمْنَعُ قسمةَ العلوِ والسفلِ، وحَمْلَ العلوِ على السفلِ، ورَأَى أَنْ يُقْسَمَ طائفتين على أَنَّ مَن صارت إليه طائفةٌ كانت له، وللآخَرِ عليه الحَمْلُ، وقد أجاز ابنُ القاسم المُقَاوَاةَ، وإنما تَصِحُّ المقاواةُ على أَنَّ مَنْ صار إليه الحائطُ كان ملكُه له وللآخَرِ عليه الحَمْلُ، وإذا جازَتِ المقاواةُ على هذه الصورةِ والصفةِ - كانت القسمةُ أَوْلَى.

ابنُ العطار: اختُلِفَ في صفةِ قسمتِه، فعند ابنِ القاسمِ: يَمُدُّ الحَبْلَ بينهما فيه طولاً لا ارتفاعاً مِن أولِه إلى آخِرِه، ويرسمُ موقفَ نِصْفِ الحَبْلِ، ويُقْرِعُ بينهما، ويكون لكلٍّ منهما الجانبُ الذي تَقَعُ عليه قرعتُه. وقال عيسى بن دينار: يُقْسَمُ بينهما عَرْضاً فيأخذُ كلٌّ منهما نصفَه مما يَلِيه.

وإذَا انْهَدَمَ فَفِي جَبْرِ مَنْ أَبَى عِمَارَتَهُ: قَوْلانِ

حكى ابنُ الجلاب القولين روايتين. فقال: وإذا انْهَدَمَ الحائطُ المشتركُ، وكان شركةً بين اثنينِ، فأَرَادَ أحدُهما بناءَه وأَبَى الآخرُ، ففيها روايتان:

إحداهما: أنه يُجْبَرُ الذي أبى على بنائِه مع شريكه.

والأخرى: أنه لا يُجبر عليه، ولكن يَقْتَسِمانِ عَرْصَةَ الحائطِ ونقضَه، ثم يَبْنِي مَن شاء منهما لنفسِه.

فَلَوْ هَدَمَهُ أَحَدُهُمَا ضَرَراً رَدَّهُ كَمَا كَانَ، ولِلإِصْلاحِ قَوْلانِ

حاصله أنه إنْ هَدَمَه أحدُهما ضرراً لَزِمَته إعادتُه كما كان اتفاقاً، واختُلِفَ إذا كان على غيرِ وجهِ الضررِ،وهو معنى قوله: (**ولِلإِصْلاحِ قَوْلانِ**) ومقتضى كلامِه أنه في الجدارِ المشتركِ، وهو ظاهرُ كلامِه في الجواهر، ولم ينقل ابنُ يونس هذا إلا فيما إذا كان الحائطُ لأحدِهما، فإنه قال في العتبية: وإنْ كان لأحدِهما فهَدَمَه ربُّه أو انْهَدَمَ مِنْ غَيْرِ فِعْلِه - وهو قادرٌ على ردِّه - فتركه ضرراً، أُجْبِرَ على رَدِّه، وإن كان ضَعُفَ عن إعادتِه عُذِرَ، وقيل للآخَرِ: اُسْتُرْ على نَفْسِكَ إنْ شِئْتَ.

ابن القاسم: وإنِ انْهَدَمَ بأمرِ الله تعالى لم يُجْبَرْ على إعادتِه، وكذلك لو هَدَمَه هو لوَجْهِ منفعةٍ ثم عَجَزَ عن ذلك أواسْتَغْنَى عنه، فإنه لا يُجْبَرُ على رَدِّهِ، ولو هَدَمَه لضررٍ جُبِرَ على رَدِّه. وقال ابن سحنون عن أبيه: لا يُجْبَرُ ربُّه على بنائِه إذا انهدمَ في قولِ ابنِ القاسمِ.

ابن يونس: وإذا كان لأحدِهما فطَلَبَ هَدْمَه لم يَكُنْ له ذلك إلا أن يُعْلَمَ أنَّه لم يُرِدْ به الضررَ. فإنْ خِيفَ سقوطُه فهَدَمَه - لم يُجْبَرْ على رَدِّه، فإنِ انْهَدَمَ بغيرِ فِعْلِه لم يُجْبَرْ على بنائِه.

ابن حبيب: قال مطرف وابن الماجشون: وليس لرَبِّهِ هَدْمُه، وإنْ فَعَلَ لَزِمَه إعادتُه؛ لأنه مُضِرٌّ. ولو قال: أنا محتاجٌ إلى هَدْمِه. نُظِرَ في ذلك، فإنْ تَبَيَّنَ صدقُه تُرِكَ لِيُصْلِحَ على نفسِه

وأُمِرَ بإعادتِه للسترةِ التي قَدْ لَزِمَتْه. وقال أصبغ: له أَنْ يهدمَه لمنفعةٍ أو لغيرِ منفعةٍ، ويفعلُ ما أَحَبَّ. ولا أَقُولُ به.

وعَلَى الْجَارِ أَنْ يَأْذَنَ فِي الدُّخُولِ لإِصْلاحِ حَائِطٍ وشِبْهِهِ

إنما كان ذلك عليه ارتكاباً لأخفِّ الضَّرَرَيْنِ.

بعضُ أصحابِنا: وليس لصاحبِ هذا الجدارِ أَنْ يُطَيِّنَه مِن دارِ جارِه؛ لأن ذلك يزيد في غلظِ الجدارِ، وعَدَّ بعضُ العلماءِ مِن غيرِ أهلِ المذهبِ هذا مِن بابِ الوَرَعِ.

سحنون: وإِنْ وَقَعَ ثوبٌ لك في دارِ جارِك فعليه أن يَأْذَنَ لك في الدخولِ لتأخذَه أَو يخرجَ لك به.

ويُنْدَبُ إِلَى إِعَارَةِ الْجِدَارِ

لما في الصحيحين والموطأ: «**لاَ يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ**» قال: ثم يقول أبو هريرة: (مَا لِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ وَاللهِ لأَرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ). بالتاء، والنون، روايتان، وكذلك رُوِيَ: خَشَبَةً بالإفراد، وخَشَبَهُ بالجَمْعِ.

والمشهورُ ما ذَكَرَه المصنفُ أن ذلك مندوبٌ، ولا يُقْضَى عليه إِنِ امْتَنَعَ. وقال ابن كنانة: هو واجبٌ، ويُقْضَى عليه إِنِ امْتَنَعَ لظاهرِ الحديثِ. قال في الاستذكار: وإِنَّما حُمِلَ على النَّدْبِ لقولِه صلى الله عليه وسلم: «**لا يَحِلُّ مالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلا بِرِضَى نَفْسِه**»، وهل لجارِ المسجدِ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَه في جدارِ المسجدِ؟ للشيوخِ فيه قولان.

فَإِنْ أَعَارَ لَمْ يَرْجِعْ مُطْلَقاً، وقِيلَ: إِلا أَنْ يَعْرِضَ مُحْوِجٌ غَيْرُ الضَّرَرِ

قوله: (**مُطْلَقاً**) ؛ أي طال الزمنُ أو قَصُرَ، عاشَ أو ماتَ، بَاعَ أو وُرِثَ، احتاج إلى جدارِه أَوْ لا، وهو قولُ مطرفٍ وابنِ الماجشون- ورروياه عن مالكٍ - قالا: إلا أن يَنْهَدِمَ الجدارُ ثم يُعِيدُه صاحبُه، فلَيْسَ لِلْمُعَارِ له أن يُعِيدَه إلا بعارِيَّةٍ مُبْتَدَأَةٍ.

وقوله: (**وقيل**) هو لابن القاسمِ ومالكٍ: إذا أَذِنَ له فليس له أن يَرْجِعَ إلا لحاجةٍ تَنْزِلُ به، له - بها - عذرٌ، ولم يُرِدِ الضررَ لِمَا مَاجَ بَيْنَه وبَيْنَه، فليس له ذلك، وقال أصبغ: إذا مَضَى مِن [٥٥٦/ أ] الزمنِ ما يُعَارُ مِثْلُه إلى مِثْلِ ذلك الزمانِ - فله مَنْعُه.

وحَصَّلَ ابنُ زرقون في هذه المسألةِ ومسألةِ عاريةِ العرصةِ للبناءِ والغرسِ سِتَّةَ أقوالٍ: **هذه الثلاثةُ، والرابعُ** نَسَبَه للمدونةِ: له أن يرجع وإن لم يَحْتَجْ. مِنْ قوله في عاريةِ العَرْصَةِ: ويَدْفَعُ له ما أَنْفَقَ أو قيمته قائماً أو منقوضاً على الاختلافِ فيه.

والخامسُ لأشهبَ وابنِ نافعٍ: الفرقُ بين ما تَكَلَّفَ فيه نفقةً - فلا يَرْجِعُ، وبين ما لا يُتكَلَّفُ فيه نفقةٌ - فيَرْجِعُ.

والسادسُ لسحنون: الفرقُ بَيْنَ غَرْزِ الخشبةِ في الجدارِ - فلا يرجعُ، وبين الإذنِ في العَرْصَةِ - فيرجعُ.

سحنون: لأنَّ مِن أهلِ العلمِ مَنْ يَرَى القضاءَ بغَرْزِ الخَشَبَةِ وإِنْ لم يَأْذَنْ صاحبُ الجدارِ، فكيف إذا أذن؟

الباجي: وهل يَلْزَمُ ذلك بمجردِ الإِذْنِ أم لا؟

الظاهرُ مِن قولِ مطرفٍ وابنِ الماجشون أَنَّه إن أَذِنَ فلا رجوعَ له.

ابن عبد السلام: وهذا معنى ما حكاه المؤلفُ، وهو الذي نَقَلَه غيرُ واحدٍ.

ومِثْلُهُ فَتْحُ بَابٍ أَوْ إِرْفَاقٌ بِمَاءٍ

هذا معطوفٌ على الجدارِ؛ أي يُندبُ إلى إعارةِ الجدارِ، ويُنْدَبُ إلى مِثْلِ فَتْحِ بابٍ أو إرفاقٍ بماءٍ، وهو ظاهرٌ.

وفي بعض النسخ: (**مثل**) بإسقاطِ حرفِ العَطْفِ، فيكون شَبَّهَ لإفادةِ الحُكْمِ، والأَوَّلُ أَحْسَنُ.

وإذَا تَنَازَعَا جِدَاراً - فَصَاحِبُ اليَدِ: صَاحِبُ الوَجْهِ والقُمُطِ والطَّاقَاتِ والجُذُوعِ

يعني: إنِ ادَّعَى كلٌّ مِن الجارَيْنِ الجدارَ - فصاحِبُ اليَدِ منهما مَنْ كان إليه وجهُ الجدارِ والطاقاتِ؛ أي غير النافِذَةِ، ومَعاقِدُ القُمُطِ، أي الخُشُبُ التي بَيْنَ البُنْيانِ، أو كان له عليه جذوعٌ دونَ صاحبِه، فإنْ لم يَكُنْ لأحدِهما شيءٌ مِن ذلك أو كان لهما جميعاً - فهو لهما؛ لأنه بأيديهما، وكذلك راكبُ الدابةِ مع المُتَعَلِّقِ بلجامِها، الراكبُ أَوْلَى، وهذا إنما هو مع عَدَمِ البيِّنَةِ، وأما مع قيامِها فيجبُ الاعتمادُ عليها لا على هذه الوجوهِ.

ابنُ القاسم: وإنْ كان عقدُ الجدارِ إليهما فهو بينهما؛ أي بَعْدَ أَيمانِهما، وكذلك إن كان منقطعاً عنهما، أو كانت لكل منهما كُوًى، وإن كان لأحدِهما عشرُ خِشَابٍ وللآخرِ سَبْعٌ - فهو على حالِهِ، وليس لأحدِهما أَنْ يَزِيدَ.

سحنون: وإن كان لأحدِهما خشبةٌ وللآخَرِ عشرٌ - فهو بينهما نصفين، وقال غيرُه: هو لصاحبِ العشرةِ إلا موضعَ الواحدةِ. وقالوا: إنْ كان لأحدِهما خمسٌ، وللآخَرِ أربعٌ - فهو بينهما نصفين.

أشهب: وإن كان عقدُه لأحدِهما - وللآخَرِ عليه جذوعٌ - قُضِيَ به لِذِي العَقْدِ، ولصاحبِ الجذوعِ بموضعِها.

سحنون: ولو كان عقدُه لأحدِهما مِن ثلاثةِ مواضعَ، ومن ناحيةِ الآخَرِ مِن موضعٍ - قُسِمَ بينهم على عَدَدِ العُقُودِ. قال صاحبُ المُعِينِ: وإنْ كان لأحدِهما عليه ربطٌ فهو له، ولا يُلتفتُ مع ذلك إلى وجهِ الحائطِ ولا لخشبِ الآخَرِ.

وتَجْلِسُ الْبَاعَةُ فِي الأَفْنِيَةِ لِلْبَيْعِ الْخَفِيفِ، وقَضَى بِهَا عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لأَرْبَابِ الدُّورِ، يُرِيدُ بِالانْتِفَاعِ إلا أَنْ تُحَازَ ....

أصبغ: إنما يُباحُ الانتفاعُ بالأفنيةِ ما لم يُضَيِّقُوا الطريقَ، أو تُمنع المارَّةُ أو يَضُرَّ بالمسلمين.

والضمير في (بها) عائِدٌ على الأَفْنِيَةِ، وفَسَّرَ ابنُ حبيبٍ ما رُوِيَ عن عمر رضي الله عنه بنحوِ ما ذَكَرَه المصنفُ، وقاله مَنْ أَرْضَى مِن أَهْلِ العلمِ، ويُبيِّنُ لك ما أشار إليه المصنفُ - مِن حَمْلِ كلامِ عُمَرَ على الأَمْرِ الخفيفِ - ما روي أيضاً عن عمرَ أنه مَرَّ بكِيرِ حَدَّادٍ في السوقِ فأَمَرَ بِهَدْمِهِ، وقال: يُضَيِّقُونَ على الناسِ. فدَلَّ على أنه إنما أباح الانتفاعَ اليسيرَ.

فَلَوْ حَازَ هَدْمَ مَا يَضُرُّ، وفِيمَا لا يَضُرُّ: قَوْلانِ

لا خلافَ في هَدْمِ ما يَضُرُّ بالناسِ، والمشهورُ هَدْمُ ما لا يَضُرُّ أيضاً.

ابنُ راشد: وقال أصبغ: لا يهدمُ، ولكن يَكُونُ جُرْحَةً في حَقِّه إنْ كان اقتطاعُه ذلك بمعرفةٍ.

وفي المجموعة: قال ربيعة: مَن بَنَى مسجداً في طائفةٍ مِن دارِه فلا يَزِيدُ فيه مِن الطريقِ. وقال مالك: إنْ كان لا يَضُرُّ بالناسِ فلا بَأْسَ. انظرْ إنْ كان هو على المشهورِ أو الشاذِّ.

والرَّوْشَنُ وشِبْهُهُ، والسَّابَاطُ لِمَنْ لَهُ الْجَانِبَانِ جَائِزٌ بغَيْرِ إِذْنٍ

الرَّوْشَنُ هو الجناحُ يُخْرِجُه الرَّجُلُ على حائطِه، والساباطُ أَنْ يكون له حائطان مُكْتَنِفَانِ بالطريقِ فيَمُدُّ خَشَباً عليهما لينتفعَ بذلك.

ابنُ شعبان: يُشترط في عدمِ منعِه أَنْ يَرفع ذلك عن رءوسِ الرُّكْبانِ رَفْعاً بَيِّناً.

فروع:

الأول: قال في المدونة: ومَن رَفَعَ بُنياناً رَفْعاً بَيِّناً فجاوَزَ به بنيانَ جارِه ليُشْرِفَ عليه لم يُمْنَعْ مِن رَفْعِ بُنيانِه، ومُنِعَ مِن الضررِ، ومَنْ رَفَعَ بنياناً فَسَدَّ على جارِه كُواهُ وأَظْلَمَ عليه أبوابَ غُرَفِه وكُواها، ومَنَعَه الشمسَ أَنْ تَقَعَ في حجرتِه لم يُمْنَعْ.

ابنُ كنانةَ: إلا أَنْ يَرْفَعَ البنيانَ ليَضُرَّ بالجارِ دُونَ منفعةٍ له فيُمْنَعُ. ورَوى ابنُ دينارٍ عن ابنِ نافعٍ أنه يُمنع مِنْ ضَرَرِ مَنْعِ الريحِ والضوءِ والشمسِ.

الثاني: اختُلِفَ في الأَنْدَرِ إذا أَرادَ مَن له دارٌ مُلاصِقَةٌ له أَنْ يَبْنِيَ فيها ما يمنعُ الأندرَ مِن الريحِ أو نحوِه، فقال ابنُ القاسم وابنُ نافع: يُمْنَعُ. ابنُ نافع: وإنِ احْتَاجَ إلى البُنْيانِ. وقال مطرف وابن الماجشون: لا يُمْنَعُ.

الثالث: اختُلِفَ فيمَن اتَّخَذَ كُوًى وأبواباً يُشْرِفُ منها على دارِ جارِه، فقال مالك وابن القاسم: يُمْنَعُ. ورواه ابن وهب وزاد: ولا يُكَلَّفُ أن يُعْلِيَ بنيانَه حتى لا يَراه. وفي المبسوط عن ابن مسلمة: لا يُمنع. ورواه ابن المُعَذَّلِ عن ابن الماجشون. قال: ويقال له: أُسْتُرْ على نَفْسِكَ إنْ شِئْتَ. والأَوَّلُ هو المعروفُ، ولهذا قال فيمن بنى مسجدًا وجعل له سَطْحاً يَطَّلِعُ منها على دارِ رَجُلٍ: يُجْبَرُ بانيه على أَنْ يَسْتُرَ على سطحِ المسجدِ، ويُمْنَعُ الناسُ مِن الصلاةِ فيه حتى يَتِمَّ السِّتْرُ. واختُلِفَ فيمن بَنَى غرفةً وفَتَحَ فيها أبواباً أو كُوًى يَطَّلِعُ منها على قاعَةِ غيرِه - وأراد صاحبُ القاعةِ منعَه، وقال: هذا يَضُرُّ بي إذا بنيتُ قاعَتِي داراً - على ثلاثةِ أقوالٍ: قال مطرف: يمنعه قَبْلَ بِناءِ القاعةِ أَوْ بَعْدَهُ. وقال ابن الماجشون: [٥٥٦/ ب] لا يُمْنَعُ مطلقاً. وقال ابن القاسم: يمنعُه بَعْدَ أَنْ يَبْنِيَ القاعَةَ، ولا يمنعُه قَبْلَه.

الرابع: مَنْ فَتَحَ باباً على دارِ غَيْرِه فلما قامَ عليه أَرادَ أَنْ يَسُدَّه مِنْ خَلْفِهِ، فقال سحنون: ليس له ذلك، وليَسُدَّ البابَ مخافةَ أَنْ يَشهدَ قومٌ أنهم يَعرفون هذا البابَ منذَ سنينَ كثيرةٍ. وقال ابن الماجشون: لا يلزمُه سَدُّه، وله أَنْ يَجعلَ أمامَه ما يَسْتُرُه.

الخامس: مَن باع داراً وقد أَحْدَثَ جارُه بها مَطْلِعاً أو مَجْرَى ماءٍ أو غيرَ ذلك مِن الضررِ، فقال مطرف وابن الماجشون: إن كان البائعُ لم يَقُمْ في ذلك حتى باعَها فلا قيامَ للمُشْتَرِي، ولو كان قد قام يُخَاصِمُ فلم يَتِمَّ له الحُكْمُ حتى باعَ - فللمشتري أن يقومَ ويحِلَّ محلَّه.

وفي أحكام ابن بطال: معناه أن الحُكْمَ قُضِيَ به وأُعْذِرَ، وتَعَيَّنَ التسجيلُ والإشهادُ، ولو بَقِيَ شيءٌ مِن المَدَافِعِ والحُجَجِ - لم يَجُزْ؛ لأنه بيعُ ما فيه الخصومةُ، وهو أَصْلٌ مختلفٌ فيه.

السادس: قال مطرف: وإن كان لرجلٍ شجرٌ إلى جَنْبِ جدارِ آخَرَ فيَضُرُّ به، فإن كانت أَقْدَمَ مِن الجدارِ - وكانت على حالِ ما هي عليه اليومَ مِن انبساطِها - لم تُقْطَعْ، وإِنْ حَدَثَتْ لها أغصانٌ بَعْدَ أَنْ بُنِيَ الجدارُ وأَضَرَّ ذلك بالجدارِ - فليُقْطَعْ منها ما أَضَرَّ بالجدارِ مما حَدَثَ، وقال ابنُ الماجشون: يُتْرَكُ ما حَدَثَ وانتشر مِن الأغصانِ، وإِنْ أَضَرَّ ذلك بالجدارِ؛ لأنه قد عُلِمَ أن هذا شأنُ الشجرِ، فقد حاز الثاني مِن حريمِها قَبْلَ بناءِ الجدارِ، وقال أصبغ بقول مطرف وابن حبيب وعيسى بن دينار.

صاحبُ البيان: وهو أظهرُ. ابنُ يونس: وقالوا أجمعون: إِنْ كانتِ الشجرةُ مُحْدَثَةً بَعْدَ الجدارِ فإنه يُقطعُ منها ما آذى الجدارَ مِن قليلٍ وكثيرٍ. انتهى.

ولا يُقطعُ منها شيءٌ إِنِ ادَّعَى الجارُ أنه يُتطَرَّقُ عليه منها، ولا حجةَ له أيضاً فيمن يَطلعُ ليَجْنِيها، وإن كان إذا طَلَعَ أَشْرَفَ على دارِ جارِه.

مطرف وابن الماجشون وغيرهما: وليُؤْذِنْ جارَه. وأما لو رُفِعَت الصومعةُ حتى صارتْ تكشفُ على مَن حولَها ففي سماعِ أشهب: لم أَرَ أن يُمنعوا مِن رَفْعِها.

ابنُ رشد: ولا يُدْخَلُ في طاعةٍ بمعصيةٍ.

السابع: سأل حبيبٌ سحنوناً عن خَرِبَةٍ لرَجُلٍ فيها زِبْلٌ لا يُدْرَى مَن يُلقيه فيها، فقام جارُ الخربةِ على ربِّها ؛ لأن ذلك يضرُّ به، وقال صاحبها: ليس ذلك مِن جنايتي وأنا لا أسكنُ ذلك، وثَبَتَ أن ذلك يَضُرُّ بحائطِ جارِه، وقال: أرى على صاحبِ الخربةِ نزعَ الزبلِ الذي أضرَّ بجارِه.

سحنون في موضعٍ آخرَ مِن كتابِ ابنِه في الزبلِ يجتمعُ في خربةٍ لقومٍ أو في فناءٍ يضرُّ بالناسِ: أن على جيرانِ الموضعِ كَنْسُه. يُريدُ الأقربَ فالأقربَ على الاجتهادِ.

أبو محمد: لأنَّ الغالبَ أنهم يُلقونه فيها. قال يحيى بن عمر في ترابٍ لقومٍ في موضعٍ فنَقَلَه السَّيْلُ مِن موضعِه إلى زُقاقٍ لقومٍ فسَدَّ عليهم مخرجَ بابِهم، قال: يُقال لصاحبِ الترابِ: خُذْ ترابَك. وإنْ أَبى قِيلَ للذين سُدَّ عليهم: اطْرَحُوه إنْ شِئْتُم. ولا يُجْبَرُ صاحبُ الترابِ على نقلِه إنْ أَبى.

والطَّرِيقُ الْمُنْسَدَّةُ الأَسْفَلِ كَالْمِلْكِ لأَصْحَابِ دُورِهَا فَبِالإِذْنِ

يعني: أن ما قَدَّمَه في مسألةِ الرَّوْشَنِ والسَّاباطِ إنما هو في السِّكَّةِ النافِذَةِ، وأما غيرُ النافذةِ، وهو مرادُه بقوله: (**الْمُنْسَدَّةُ الأَسْفَلِ**) فلا يجوزُ لأحدِ سكانِها أَنْ يُحْدِثَ فيها رَوْشَناً أو غيرَه إلا بإذنِ الجميعِ.

ابن عبد السلام: وقال: كالملك لأرباب دورها، ولم يقل: مِلْكاً، إشارةً إلى أنها ليستْ مملوكةً لهم مِلْكاً تامّاً؛ إذْ لو كانتْ مملوكةً لهم مِلكاً تامّاً لكان لهم أن يحْجُرُوها على الناس بغَلْقٍ، وظاهرُ كلامِ بعضِهم أنه ليس لهم ذلك، وبه حَكَمَ بعضُ قضاةِ بلدِنا وهُدَّ على مَنْ فَعَلَه.

فرع: هل يُحْدِثُ باباً في السكةِ إنْ كانت غيرَ نافذةٍ أم لا؟ في ذلك ثلاثةُ أقوالٍ:

الأولُ: أَنْ ذلك لا يَجوزُ إلا بإذنِ جميعِ أهلِ الزُّقَاقِ، وإليه ذهب ابنُ زَرْبٍ قياساً على مسألةِ المدونةِ في الدَّارَيْنِ تكونُ إحداهما في جوفِ الأخرى، وبه جرى العَمَلُ بقُرْطُبَةَ.

الثاني: أن له ذلك فيما لم يُقابِلْ بابَ جارِه، ولا قَطَعَ عنه مُرْتَفَقاً، وهو قولُ ابن القاسمِ في المدونةِ، وقولُ ابن وهب في العتبية.

الثالث: أَنَّ له تحويلَ بابِه على هذه الصِّفَةِ إذا سُدَّ البابُ الأولُ، وليس له أَنْ يَفتحَ باباً لم يَكُنْ قَبْلُ بحالٍ، وهو دليلُ قولِ أشهبَ في العتبيةِ.

ابنُ رشد: ويتحصل في فتحِ الرَّجُلِ باباً أو حانوتاً في مقابلةِ جارِه في السكةِ النافذةِ ثلاثةُ أقوالٍ:

الأول: له ذلك جملةً، وهو قولُ ابنِ القاسم في المدونةِ، وقاله أشهب في العتبية.

والثاني: ليس له ذلك جملةً إلا أَنْ يُنكِّبَ، وهو قول سحنون.

والثالث: له ذلك إذا كانت السكةُ واسعةً، وهو قولُ ابنِ وهبٍ في العتبية، والسكةُ الواسعةُ سبعةُ أذرعٍ فأكثرَ؛ لما في المجموعة أنه صَلَّى الله عليه وسلم قال: «**إِذَا اختَلَفَ الناسُ في طُرُقِهِمْ فَحَدُّها سَبْعَةُ أَذْرُعٍ**».

* * *

الوَكَالَةُ نِيَابَةٌ فِيمَا لا تَتَعَيَّنُ فِيهِ الْمُبَاشَرَةُ شَرْعاً

الوكالة لغة: الحفظ، وفيه: ﴿ **وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ وَكِيلاً** ﴾ [النساء:٨١] أو الكفالة والضمان، قال تعالى: ﴿ **أَلَّا تَتَّخِذُواْ مِن دُونِي وَكِيلاً** ﴾ [الإسراء:٢]. قيل: حافظاً. وقيل: كفيلاً، قاله عياض.

الجوهري: والاسم الوكالة. ورسمها المصنف اصطلاحاً: بأنها نيابة فيما لا تتعين فيه المباشرة. ويكون قريباً من قول صاحب التلقين: كل عقد جازت فيه النيابة جازت فيه الوكالة. وأجمعت الأمة على جواز الوكالة من حيث الجملة.

فَتَجُوزُ فِي الْوَكَالَةِ، وَالْكَفَالَةِ، وَالْحَوَالَةِ، وَالْجَعَالَةِ، وَالنِّكَاحِ، وَالطَّلاقِ، وَالْخُلْعِ، وَالصُّلْحِ ....

عطف بالفاء لترتبه على ما قبله؛ إذ لا تتعين المباشرة في جميع الأشياء، يوكل من يوكل أن يعمل، وأن يوكل من يأخذ له كفيلاً، وأن يوكل من يحيل غريمه على مديانه. والجعالة: أن يوكل من يجاعل على عبده الابن جعلاً، وهو ظاهر.

وَفِي الْعِبَادَاتِ الْمَالِيَّةِ كَالزَّكَاةِ، وَفِي الْحَجِّ خِلافٌ تَقَدَّمَ

أي: في الحج، ولا خلاف ما ذكره في العبادات المالية.

وَلا تَجُوزُ فِي مِثْلِ يَمِينٍ وَظِهَارٍ

لم تجز في اليمين لأنها لا تقبل النيابة؛ لأن اليمين من الأعمال البدنية ودخل في [٥٥٧/ أ] اليمين الإيلاء واللعان، وكذلك لا تجوز في الوضوء والصلاة. وإلى أن الأيمان من الأعمال البدنية أشار بقوله: (**مِثْلِ يَمِينٍ**).

وقوله: (**وَظِهَارٍ**) لأن الظهار يمين ولأنه منكر من القول وزور، فلا تجوز الوكالة فيه كسائر المعاصي وما لا يجوز للآمر فعله. وكذلك نص عليه المازري في التعليقة وصاحب الجواهر، وكذلك قرره ابن راشد وابن عبد السلام. والأقرب عندي أن الظهار كالطلاق؛ لأنه إذا قال الوكيل لزوجة موكله: أنت عليه كظهر أمه، فهو كقوله لامرأة موكله: أنت طالق.

وَيَجُوزُ فِي الإِقْرَارِ وَالإِنْكَارِ

وتجوز الوكالة بالإقرار عنه، أو على أن يناكر عليه بما ادعى خصمه واليمين على الموكل بلا خلاف، ولا خلاف أنه لا يكون للوكيل الإقرار إلا بما قيده موكله عنه، وأما إن أطلق له الوكالة؛ فالمعروف من المذهب أن الوكالة على الخصام لا تستلزم الوكالة على الإقرار إذا لم يجعله إليه ولو أقر لم يلزمه. وروي عن مالك لزوم ما أقر به، وعلى الأول، فقال ابن العطار وجماعة من الأندلسيين وغيرهم: إن من حق الخصم ألا يخاصم الوكيل حتى يجعل له الإقرار. قال في البيان: ونزلت عندنا وقضى فيها بأنه لا يلزمه ما أقر به الوكيل. قال في الكافي: وبه جرى العمل عندنا. وزعم ابن خويز منداد أن تحصيل المذهب أنه لا يلزمه إقراره. قال في الكافي: وهذا في غير المفوض. قال: واتفق العلماء فيمن قال ما أقر به على فلان فهو لازم لي أنه لا يلزمه. واختلف أصحاب الشافعي إذا قال الموكل لوكيله: أقر عني لفلان بألف، هل يكون ذلك إقراراً لفلان بالألف ؟ واختار المازري أنه إقرار، واستشهد بما لأصبغ في العتبية فيمن وكله رجل على خصام رجل في شيء أن إقرار الوكيل لا يلزم الموكل. قال: ولو شهد أنه جعله في الإقرار عنه كنفسه؛ فإن إقرار الوكيل يلزمه.

ابن عبد السلام: وليس فيه كبير شاهد.

ابن راشد: قال فقهاء طليطلة: من وكل رجلاً على طلب حقوقه والمخاصمة عنه والإقرار والإنكار فأقر الوكيل أن موكله وهب داره لزيد، أو قال: لفلان على موكلي مائة دينار أن ذلك لازم لموكله. وأنكر ذلك ابن عتاب وغيره، وقالا: إنما يلزمه فيما كان من معنى المخاصمة التي وكله عليها أبو الأصبغ. وهذا هو الصحيح عندي وهو في شفعة المدونة. قال ابن القاسم: من وكل رجلاً على قبض شفعته فأقر أن موكله سلمها فهو شاهد يحلف المشتري معه وتبطل الشفعة إلا أن يكون الشفيع المشهود عليه غائباً فيتهم موكله على الانتفاع بالمال وله بال فلا تبطل.

وَالْمُعْتَبَرُ الصِّيغَةُ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا

المعتبر في صحة الوكالة مثل: وكلتك، وأنت وكيلي، أو ما يقوم مقامها من قول أو فعل؛ كقوله: تصرف في هذا، وكإشارة الأخرس ونحوه.

فَإِنْ تَرَاخَى الْقَبُولُ فَقَوْلانِ؛ تَخْرِيجاً عَلَى قَوْلِهِ لِلْمَرْأَةِ: اخْتَارِي

لما ذكر الصيغة أشار إلى أنه لابد من القبول، ثم إن وقع على الفور فلا خلاف في الصحة، وإن تراخى بزمان طويل، فقال المازري: يتخرج عندي على الروايتين في قول الرجل لامرأته: اختاري، أو أمرك بيدك، فقامت من المجلس ولم تختر. قال: والتحقيق في هذا يرجع إلى اعتبار المقصود والعوائد، هل المراد الجواب بداراً فإن تأخر سقط حكم الخطاب، أو المراد استدعاء الجواب معجلاً أو مؤجلاً ؟ **ابن عبد السلام**: وقد يفرق بين الوكالة والتخيير بأن الوكالة التي ليست بعوض غير لازمة من جانب الموكل؛ لأن الموكل إن رأى مصلحة أبقاه وإلا عزله، وأما الزوج فعليه ضرر في إبقاء الخيار لكونه لازماً له؛ فلذلك يقيد خيارها بالقرب، وسقط بطول المجلس على أحد القولين.

خليل: وهذا الفرق إنما يتم في الوكالة التي ليست بعوض، وأما التي بعوض للزومها، وعلى هذا فلعل المازري لما رأى أن الغالب في الوكالة أن تكون بعوض لم يلتفت إلى الفرق المذكور، والله أعلم.

الْمُوَكَّلُ فِيهِ شَرْطُهُ: أَنْ يَكُونَ مَعْلُوماً بِالنَّصِّ أَوِ الْقَرِينَةِ أَوِ الْعَادَةِ

لما كان للوكالة حالتان، تفويض وخصوص، وكان الوكيل المخصوص إذا تصرف في غير ما أذن له فيه يكون متعدياً لزم من أجل ذلك أن يبين الشيء الموكل فيه بالنص عليه أو بقرينة تدل على أنه أراد شيئاً بعينه أو بعادة، كما إذا وكله على زواج امرأة، فإن العادة أنه إنما وكله على زواج من هي من نسائه.

فَلَوْ قَالَ: وَكَّلْتُكَ لَمْ يُفِدْ حَتَّى يُقَيِّدَ بِالتَّفْوِيضِ أَوْ بِأَمْرٍ

عطفه بالفاء لترتبه على ما قبله، أي: ولاشتراطنا أن يكون الموكل معلوماً، لو قال الموكل: وكلتك، لم يفد لعدم حصول الشرط. **فإن قيل:** لم أبطلتم الوكالة المطلقة وصححتم الوصية المطلقة وجعلتم الوصي يتصرف في كل شيء؟ **قيل:** يتيم، لما كان محتاجاً أن يتصرف له في كل شيء ولم يوص عليه والده غير من أطلق الوصية له كان ذلك قرينة في تفويض الأمر للموصى، بخلاف الموكل فإنه قادر على التصرف فيما جعل للوكيل ولابد له من أمر يستبد به في العادة احتاج إلى تقييد الوكالة بالتفويض أو بأمر مخصوص.

فَلَوْ قَالَ: بِمَا لِي مِنْ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ مَضَى فِي جَمِيعِ الأَشْيَاءِ إِذَا كَانَ نَظَراً، إِلا أَنْ يَقُولَ: نَظَراً أو غَيْرَ نَظَرٍ....

لما ذكر أن الوكالة لا تفيد حتى يقيد بالتفويض، أو بأمر مخصوص على أن الوكالة قسمان أخذ يتكلم على كل منهما وبدأ بالتفويض.

وقوله: (**فِي جَمِيعِ الأَشْيَاء**) نحوه لابن رشد، وصاحب الجواهر بشرط أن يكون نظراً؛ لأنه معزول عن غيره بالعادة، إلا أن يصرح له بذلك فيقول: نظراً أو غير نظر.

خليل: وفيه نظر؛ إذ لا يأذن الشرع في السفه [٥٥٧/ ب]، وينبغي أن يضمن الوكيل؛ إذ لا يحل لهما، والله أعلم.

ابن راشد: وذكر غير المصنف، وابن شاس، وابن رشد أنه يستثنى من ذلك بيع دار السكنى، وبيع العبد، وزواج البكر، وطلاق الزوجة؛ إذ العرف قاض بألا تتزوج تحت عموم التفويض، وإنما يفعله الوكيل إذا وقع النص عليه.

ابن عبد السلام: وقد جرى العمل عندنا في هذه الجهات في كل شيء مع وجود القيد الذي ذكره المصنف أنه يتصرف في كل شيء إلا في بيع دار سكنى الموكل وطلاق زوجته. قال في المقدمات: وإن سمى بيعاً، أو اشتراء، أو خصاماً، أو شيئاً من الأشياء؛ فلا يكون وكيلاً إلا فيما سمى، وإن قال في آخر الكلام: وكالة مفوضة أو لم يقله فذلك سواء؛ لأنه يرجع إلى ما سمى خاصة، وهذا مرادهم في أن الوكالة إذا طالت قصرت وإذا قصرت طالت.

ابن عبد السلام: قال بعض أشياخي: ولا يدخل في ذلك خلاف الأصوليين في العموم إذا جرى على سبب، هل يقتصر على ذلك السبب، أو يعم ؟ وفي ذلك نظر.

فَلَوْ قَالَ: وَكَّلْتُكَ فِي كَذَا تَقَيَّدَ بِهِ

هذا هو النوع الثاني من نوعي الوكالة وهو ظاهر.

وَلَوْ وَكَّلَهُ فِي الإِبْرَاء جَازَ مَعَ جَهْلِ الثَّلاثَةِ بِمَبْلَغِ الدَّيْنِ

قوله: (**فِي الإِبْرَاء**) أي: من الدين. و(**الثَّلاثَةِ**) الوكيل، والموكل، ومن عليه الدين. و(أل) في الثلاثة للعهد، أما الوكيل والموكل فلتقدم ذكرهما، وأما الغريم فلوكالة الإبراء مما عليه بالالتزام، وإنما جاز ذلك؛ لأن ذلك هبة مجهول، وهي جائزة عندنا.

وَمُخَصِّصَاتُ الْمُوَكِّلِ مُتَعَيِّنَاتٌ كَالْمُشْتَرِي، وَالزَّمَانِ، وَالسُّوقِ

يعني: أنه يتعين على الوكيل ألا يتصرف إلا كما أذن له الموكل؛ لأنه إنما يتصرف له.

قوله:(كالمشتري) يصح بكسر الراء ويكون المعنى: بعها من فلان، وهو الذي في الجواهر ومشاه عليه ابن راشد وابن عبد السلام، ويصح بفتح الراء؛ أي: لا تشتري إلا سلعة فلان.

(**وَالسُّوقِ**) أي: لا تبع إلا في السوق الفلاني. (**وَالزَّمَانِ**) أي: لا تبع إلا في الشهر الفلاني.

فَإِنْ خَالَفَ؛ فَالْخِيَارُ لِلْمُوَكِّلِ إِلا أَنْ يَكُونَ رِبَوِيّاً بِرِبَوِيٍّ، فَفِي إِمْضَائِهِ بِرِضَاهُ قَوْلانِ ....

أي: فإن خالف الوكيل ما قيده له الموكل فللموكل الخيار في الإمضاء والرد، فإن أمضى وقد كان باع له سلعة أخذ الثمن، وإن فسخ وكانت السلعة قائمة أخذها، وهل له أن يطالبه بما سمى من الثمن ؟ قولان. فإن كانت فائتة طالبه بالقيمة إن لم يسم ثمناً، فإن سمى، فهل له أن يطالبه بما سمى أو بالقيمة ؟ قولان مبنيان على الخلاف فيمن أتلف سلعة وقفت على ثمن.

وقوله:(**إِلا أَنْ يَكُونَ رِبَوِيّاً بِرِبَوِيٍّ**) كما لو قال: بعها بقمح فباعها بفول، أو بدراهم فباعها بذهب، فهل له الإمضاء كغيره أو لابد من الفسخ لأن المبيعات الربوية لا يدخلها خيار، والقولان متأولان على المدونة. ولاشك أنهم هنا لم يدخلوا ابتداء على الخيار، ولكن آل الحكم إلى ثبوت الخيار للموكل، فهل يكون الخيار الحكمي كالشرطي أم لا ؟ والمشهور من المذهب أنه لا ينافي فعله الإمضاء.

فَإِنْ زَادَ الثَّمَنُ فِي الْبَيْعِ أَوْ نَقَصَ فِي الشِّرَاءِ فَلا كَلامَ

كما إذا قال: بعها بعشرة فباعها باثني عشر. أو قال: اشتر بعشرة فاشتراها بثمانية، فلا كلام للموكل. وإن كان ذلك مخالفة من الوكيل؛ لأن الموكل يرغب في هذا المعنى، ومن

هذا ما في المدونة: وإن أمرته يسلم لك في طعام ففعل فأخذ رهناً أو كفيلاً بغير أمرك جاز؛ لأنه زيادة توثق. اللخمي: إلا أن ينقص في الثمن لأجل الرهن أو الحميل فيكون حينئذ للموكل الخيار.

خليل: وينبغي أن يلاحظ هنا ما تقدم، هل للرهن حصة من الثمن، أم لا؟

وَيُغْتَفَرُ الْيَسِيرُ فِي الْعَكْسِ

المراد بالعكس: أن ينقص في البيع ويزيد في الشراء؛ يعني: فإن نقص في البيع اليسير، أو زاد في الشراء اليسير اغتفر، هذا ظاهر كلامه؛ أعني: عموم هذا الحكم في البيع والشراء، والذي في تهذيب الطالب، واللخمي، وابن يونس، والمتيطي، والجواهر، وابن رشد وغيرهم أن اليسير إنما يغتفر في الشراء لا في البيع؛ لأن الشأن في البيع طلب الزيادة، وفي الشراء استخفاف الزيادة اليسيرة عند حصول غرضه في تلك السلعة. لكن غمز ذلك ابن يونس ولم ينص في المدونة على اعتبار اليسير إلا في الشراء، وحد فيها اليسير بمثل الدينار والثلاثة في المائة، وكالدينار والدينارين في الأربعين، نعم يأتي كلام المصنف على ما ذكر أبو الحسن في أن الظاهر إذا باع السلعة بأقل مما سمى له بيسير أنه يجوز ذلك كما في الشراء. ونقله التلمساني عن بعض الأشياخ.

وقال المازري: وأشار بعض المتأخرين إلى أنه لا فرق بين البيع والشراء في أن الوكيل على البيع ينبغي أن يسامح له في أن يبيع بنقص يسير عما حد له. قال: والتحقيق يقتضي أنه لا يغتفر له في البيع والشراء ولا يكون له إلا ما حد له، وهو مذهب الشافعية. قال ابن محرز، وقال بعض المذاكرين: إنما له أن يزيد اليسير إذا كانت السلعة التي أمر بشرائها غير معينة، وأما المعينة فلا يزيد فيها شيئاً وهو لا معنى له. والصواب: ألا فرق بين المعينة وغيرها ولا بين البيع والشراء؛ أي: في اغتفار الزيادة اليسيرة، وحيث ألزمنا الوكيل ما

خالف فيه الموكل فضمان المشتري من الموكل، قاله في المدونة، وهل يصدق الوكيل في دفعه الزيادة اليسيرة ؟ تردد فيه التونسي، وخرجه اللخمي على الخلاف فيمن أخرج من ذمته إلى أمانته، وذكر في تهذيب الطالب عن ابن القاسم في رواية عيسى أنه قال: يقبل قول الوكيل أنه زاد لأنه مؤتمن ويحلف، وإن لم يذكر الزيادة حتى طال الزمان لم يقبل قوله بعد ذلك، إلا أن يشتغل عن ذكر ذلك بمثل ما يشتغل [٥٥٨/ أ] به الرجل في حوائجه، أو يكون في سفر فيقدم فيقبل قوله، وإذا أقام معه زماناً طويلاً يلقاه ولا يذكر ذلك فلا يقبل قوله.

فَلَوْ قَالَ: أَنَا أُتِمُّ فِي الْكَثِيرِ، فَفِي إِمْضَائِهِ قَوْلانِ

فالإمضاء لحصول غرض الأمر وعدمه؛ لأن الوكيل متعد في البيع فيجب الرد لحصول المنة، ونظيرتها إذا وكلته أن يزوجه بألف فزوجه بألفين، فقال الوكيل: أنا أغرم الزائد.

وَلَوْ قَالَ: بِعْ بِنَسِيئَةٍ بِكَذَا فَبَاعَ نَقْداً بِهِ، وَعَكْسُهُ فِي الشِّرَاءِ فَقَوْلانِ. وحَجَّ أَبُو مُحَمَّدٍ فِيهَا ابْنَ اللَّبَّادِ بِأَنَّ الْمُبْتَاعَ لَوْ عَجَّلَ الثَّمَنَ لِلْوَكِيلِ لَزِمَهُ قَبُولُهُ....

إذا قال: ادفع بمائة نسيئة إلى أجل فباع بها نقداً، وعكسه في الشراء أن يقول: اشتر بمائه نقداً فيشتري بها مؤجلة، فقال ابن أبي زيد: ذلك لازم في الوجهين. قال: وخالفني فيها أبو بكر بن اللباد واحتججت عليه بأن المبتاع لو عجل الثمن المؤجل لزمه قبوله بغير مرجحة الوكيل إذا أمره بالبيع بمائة مؤجلة أن يقول: أنا لو بعت بمائة مؤجلة ثم دفعها لك المشتري لزمك قبولها، وكذلك يقال في الشراء: إن لم ترد بقاء الدين في ذمتك. وعلى هذا البحث فيقيد بها إذا باعها بالعين؛ لأنه هو الذي يجب قبوله، وقاله التونسي. ورأى بعض من يقول كقول ابن أبي زيد أن الطعام كالدنانير وكالدراهم وفيه نظر، ولابن اللباد أن

يقول من حجة الموكل أن يقول في مسألة البيع: إنما قلت لك بمائة مؤجلة لأني كنت أظن أن المائة ثمنها إلى أجل، فإذا ساوت مائة حالة فثمنها في التأجيل أكثر. ويقول في مسألة الشراء: إنما قلت لك اشترها بمائة معجلة ظاناً أنها تساوي أكثر من ذلك في التأجيل، فإذا باعها بمائة مؤجلة فهي تساوي أقل من مائة معجلة، وفيه نظر؛ لأنه لو عجل له ما قال لم يكن له مقال. قال في المدونة: وإن أمرته ببيعها إلى أجل فباعها نقداً فعليه الأكثر مما باعها به والقيمة لما تعدى. ابن القاسم: وسواء نسيت له ثمناً أم لا، فظاهر هذا الكلام مع ابن اللباد، وتأول ذلك بعضهم على الموكل إنما حد للوكيل أقل الثمن بحيث إنه إنما يبيعها بهذا العدد إذا لم يجد أكثر منه، ولما باعها بذلك العدد نقداً دل على أنه لم يبالغ في طلب الأثمان؛ لأن من اشترى بثمن نقداً، فالغالب أن يشتري ما كثر بثمن إلى أجل، ومهما بعد الأجل زاد الثمن، وقال بعضهم: لعل المسألة مفروضة في التوكيل على بيع السلعة بقيد العين. وقوله:(**وَحَجَّ أَبُو مُحَمَّدٍ فِيهَا ابْنَ اللَّبَّادِ**) يحتمل أنه حاجه، ويحتمل أنه غلبه في الحجة وهو الأقرب.

تنبيه: ما ذكره المصنف عن ابن اللباد هو كذلك في الجواهر، فقوله فيما حكى عنه: وخالفني في ذلك أبو بكر بن اللباد، والذي في ابن عبد السلام: ابن التبان. وفيه نظر؛ لأن ابن التبان إنما كنيته أبو محمد على ما ذكره صاحب المدارك، وابن اللباد هو أبو بكر، والله أعلم.

وَاشْتَرِ بِعَيْنِهَا فَاشْتَرَى بِالذِّمَّةِ وَنَقَدَهَا أَوْ بِالْعَكْسِ يَصِحُّ

يعني: إذا أعطاه مائة درهم أو مائة دينار وقال له: اشتر بعينها، فاشترى بمائة في الذمة ونقد ما دفعه الآمر، أو قال له: اشتر بمائة في الذمة، فاشترى بعينها؛ صح الشراء، ولا مقال للموكل في الوجهين؛ لأن ذلك كله سواء. وأعاد المصنف الضمير في نقدها وبعينها في غير الدراهم والدنانير كما ذكرنا اعتماداً على السياق.

خليل: وينبغي أن يخرج على القول بالوفاء بشرط ما لا يفيد أن يكون للموكل الخيار، وأما إن ظهر لاشتراط الموكل فائدة؛ فإنه يعمل على قوله: (ولا إشكال) وقد نص المازري عليه.

وَفِي: بِعْ بِالدَّنَانِيرِ، فَبَاعَ بِالدَّرَاهِمِ أَوْ بِالْعَكْسِ قَوْلانِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُمَا فِي الْغَرَضِ سَوَاءٌ أَوْ لا ....

تصوره واضح، واستقرأ بعضهم القول بأنه لا مقال للموكل من المدونة، وهو اختيار اللخمي، قال: إلا أن يعلم أن ذلك لغرض الموكل.

وَاشْتَرِ شَاةً بِدِينَارٍ فَاشْتَرَى بِهِ شَاتَيْنِ. ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ قَادِراً عَلَى الإِفْرَادِ لَمْ يَلْزَمْ

قال في الجواهر: ولو سلم له ديناراً ليشتري به شاة فاشترى به شاتين وباع إحداهما بدينار ورد الدينار والشاة؛ صح عقد الشراء والبيع ولزما لإجازة المالك، وقد فعل ذلك عروة البارقي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فدعا له. وشراء الشاة الأخرى ودفع أحدهما يخرج على إجازة المالك تصرف الغير في ملكه إذ رضي ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمضاه، ولو أمر له أن يشتري جارية على صفة بثمن معين فاشترى جاريتين على الصفة المعينة بالثمن المحدود في الواحدة، فإن اشتراهما واحدة بعد أخرى، فقال أصبغ: يلزمان الموكل ولم يقيد جوابه، وقال ابن المواز: إن كان قادراً على الإفراد لم يلزم الآمر العقد، وإن كان غير قادر لزمه. وقال غيره: يثبت الخيار للموكل. ثم اختلف القائلون بذلك في محله، فقال ابن القاسم: محله الثانية فقط فيتخير في قبولها أو ردها.

وقال ابن الماجشون: يتخير في قبولها أو ردها. انتهى. وفهم منه أن القول الثالث لابن القاسم وابن الماجشون.

ابن عبد السلام: حكي في الجواهر عن محمد التفرقة، والذي في النوادر عن الموازية ظاهر فيها وليس بصريح.

خليل: وحكى اللخمي عن مالك التفرقة، وقال: إنه لا يختلف المذهب في اللزوم إذا لم يمكن الإفراد، وهو ظاهر، وعلى هذا فيتحصل في المسألة طريقان، وما حكى ابن شاس عن ابن الماجشون كذلك حكاه عنه في المبسوط، وحكى ابن حبيب عنه إذا أمره بشراء جارية بعينها، أو موصوفة بثمن فاشتراها به ومتاعاً معاً في صفقة؛ فالآمر مخير بين [٥٥٨/ ب] أن يرد الجميع ويأخذ الجارية بحصتها من الثمن، قال: وإن تملك الجميع قبل علمه؛ فمصيبة الجارية وحدها منه بحصتها من الثمن. وجه قول أصبغ أن الوكيل لم يزد لموكله إلا خيراً؛ إذ لو اشترى له جارية لزمه، ونظر في القول بعدم اللزوم للمخالفة، والتفرقة ظاهرة.

وَبِيعْ إِلَى أَجَلٍ يُقَيِّدُهُ الْعُرْفُ

يعني: إذا قال له بع هذه السلعة إلى أجل؛ فإنه وإن كان مطلقاً يصلح لجميع الآجال لكن يقيد بالعرف، فإن باعها إلى أجل جرت العادة به البيع لمثله مضى وإلا فلا.

ابن عبد السلام: وهذا صحيح، فإن المعتبر من الكلام إنما هو عرف التخاطب لا مقتضى اللغة، إلا إذا كان الآمر والمأمور عربيين، والله أعلم.

وَاشْتَرِ لِي عَبْداً فَاشْتَرَى مَا لا يَلِيقُ بِهِ، فَفِي خِيَارِهِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ

يعني: فإن وكله على شراء عبد وأطلق، فإن اشترى ما يليق به لزمه، فإن اشترى ما لا يليق بمثله، فقال ابن القاسم في المدونة: الموكل بالخيار. وقال أشهب: لا خيار له. والجاري على المسألة السابقة قول ابن القاسم، ولعل الخلاف مبني على الخلاف بين أهل الأصول، هل يجوز تخصيص العام وتقييد المطلق بالعرف، أم لا ؟ فمن أجاز ذلك جعل للموكل الخيار، ومن لا فلا. وقيد بعض القرويين قول ابن القاسم بما إذا لم يسم الثمن، وأما إن سماه فاشترى به فلا يبالي بما اشترى له كان مما يشبه أم لا؛ لأنه قد أجاز له قدر ذلك. وقال غيره: ينبغي ألا يلزمه إلا إذا اشترى له ما يشبه وإن سمى الثمن.

وَكَذَلِكَ الْمُخَصَّصُ بِالْعُرْفِ

يعني: أن العرف كما قيد المطلق على ما قدمه في قوله: (وبع إلى أجل) يقيده العرف، فكذلك يخصص العام، كما لو قال له: اشترِ لي ثوباً من أي الأثواب شئت. فإنه يتقيد بما لا يليق بالآمر، وهذا مثل ما في المدونة: إذا استعار دابة يركبها حيث شاء وهو بالفسطاط فركبها إلى الشام أو إفريقية، فإن كان العرف عاريته إلى مثل ذلك فلا شيء عليه وإلا ضمن. قال: والذي يسرح دابته لرجل يركبها في حاجة ويقول له اركبها حيث شئت يعلم الناس أنه لم يسرحها له إلى الشام.

وَلا يَبِيعُ بِعَرَضٍ ولا نَسِيئَةٍ ولا بِتَغَابُنٍ فَاحِشٍ إلا بِإِذْنٍ

لما ذكر أن العرف يقيد في جانب الشراء أشار إلى أنه يقيد أيضاً في البيع، فإذا قال له: بع هذه السلعة. فمحمله على البيع بالنقد المعتاد المعجل بثمن المثل إلا بإذن. واشتمل كلام المصنف على ثلاث مسائل فلنتكلم على كلٍّ بانفرادها:

الأولى: لا يبيع بعرض، بل ولا بغير نقد البلد، فإن فعل كان متعدياً. ففي السلم الثاني من المدونة: ويضمن حين باع بغير عين إلا أن يجيز الآمر فعله ويأخذ ما باع به. زاد في الوكالة، وقال غيره: إن باعها بعرض ولم يفت فليس له تضمينه، وخير الآمر في إجازة البيع وأخذ ما بيعت به، أو نقضه وأخذ سلعته، وإن فاتت خير فيما بيعت به من عرض، أو تضمين الوكيل قيمتها ويسلم ذلك العرض للوكيل.

عياض: وهو وفاق. وفي الموازية: إن فاتت بتغير البدن أو لسوق فكما ذكرنا، وإن لم تفت بأحدهما فيخير الآمر في إجازة البيع أو تباع السلعة المأخوذة، فإن كان فيها زيادة أخذها، وإن نقصت عن القيمة ضمن الوكيل تمامها.

التونسي: ومع عدم الفوات لا يكون بيع العرض في الأصوب من القولين وقيمتها كعينها؛ فإما يأخذها، أو العرض. واستشكل ما في الموازية من تضمين المأمور مع قيام السلعة، وينبغي ألا يكون له الخيار إلا في إجازة ما فعله الوكيل أو رده، وأما أن تباع به سلعته فلا، وحمل ابن يونس ما في الموازية على أن المشتري نازع في كون هذه السلعة المبيعة للموكل ولم يعلم أنها للآمر إلا بقول المأمور، فلذلك لم يكن سبيل إلى نقص صفقة، وضمن المأمور لإقراره بالتعدي، وأما لو علم بالبينة أنها للآمر؛ لم يكن له سبيل إلى تضمين المأمور، وليس له إلا أن يرد أو يجيز، وعلى هذا فيتفق ما في الموازية وفي كتاب الوكالات فاعلمه. وأما إن اشترى لموكله بغير العين فذلك لا يلزمه، وللموكل أن يجيز فعله ويدفع إليه ما وداه من الثمن، هكذا قاله في المدونة، وظاهرها أن المقوم في ذلك كالمثلي.

فرع: قال في المدونة: وإن اشترى لك أو باع بفلوس فهي كالعرض، إلا أن تكون سلعة خفيفة الثمن فإنها تباع بالفلوس وما أشبه ذلك، فالفلوس فيها بمنزلة العين، وأما المسألة الثانية وهي البيع بالدين فلا تجوز، فإن فعل؛ فإما أن يكون سمى له ثمناً، أم لا. فإن لم يسمِّ له ثمناً، ففي الموازية يجوز للآمر أن يرضى بالثمن المؤجل إن كانت سلعته قائمة؛ لأنه لما كان قادراً على الرد صار ذلك كإنشاء عقدة، وإن فاتت فليس له الرضى بالمؤجل؛ لأن الغالب أن القيمة التي وجبت له أقل من الثمن المؤجل، فلو أجزنا له ذلك لزم منه بيع القيمة بأكثر منها إلى أجل، وهو عين الربا. ولهذا قال ابن القاسم في العتبية: لو كان الثمن المؤجل مثل قيمتها الآن أو أقل لجاز الرضى به للآمر؛ لأنه رضى منه بالتعدي إن فسخ، مثل ما وجب له في مثله أو أقل. قال في العتبية: وإن باعها بأكثر من القيمة ورضي المتعدي أن يعجل له القيمة ويقبض ذلك لنفسه عند الأجل ويدفع ما زاد على القيمة إلى الآمر على ذلك ولم يكن من بيع الدين، وأما إن سمى له الثمن فباع بأكثر منه إلى أجل، كما لو [٥٥٩/أ] أمر له بعشرة نقداً فباع بخمسة عشر مؤجلة، فاختلف هل يعد

الوكيل بتعديه ملتزماً لما أمره به الموكل ونقل عن ابن القاسم، أم لا وهو المشهور. **اللخمي**: وهو أحسن. فإن كانت السلعة قائمة فعلى الأول لا يلزم الوكيل غير العشرة، وعلى الثاني يخير الموكل في إجازته ورد ه، قاله المازري وغيره، فإن فاتت السلعة، فهل له مطالبة الوكيل بالتسمية إن سمى له ثمناً، أو قيمة السلعة إن لم يسم، أم له أن يجيز تعديه ويرضى بالثمن. المشهور من المذهب: منعه منهما.

أما **الأول**: فلإمكان أن يكون قد رضي بما فعله الوكيل، فيكون قد وجب له خمسة عشر فتعجل منها عشرة فيدخله ضع وتعجل، وظاهر ما في الواضحة تمكينه من ذلك.

وأما **الثاني**: فلاحتمال أن يكون عزم على مطالبة الوكيل بحكم التعدي، فيكون قد وجب له عليه عشرة وانتقل منه إلى أكثر منه إلى أجل، وظاهر ما في الواضحة أيضا أن له ذلك. ولهذا كان المشهور: لابد من بيع الدين؛ لأنه ليس للموكل وجه يأخذ به عوض سلعته سوى ثمن الدين، فإن بيع بمثل التسمية أو القيمة فلا كلام، وإن بيع بأزيد أخذ الموكل الجميع؛ إذ لا ربح للمتعدي، وإن بيع بأقل غرم للموكل تمام التسمية أو القيمة، ويؤخر بيع الدين حتى يحل الأجل فيأخذ ما دفعت للموكل وأعطيه ما زاد، فإن كانت الخمسة عشر لو بيعت الآن بيعت بعشرة جاز ذلك؛ لأن الذي يصح للآمر لو بيعت الخمسة عشر بعشرة نقداً عشرة، فإذا دفعها المأمور إليه وزاد خمسة مؤجلة فقد أحسن ولا يقع له في ذلك، وإن ساوت لو بيعت أكثر من عشرة كاثني عشر مثلاً لم يجز؛ لأنه فسخ الدينارين في الخمسة التي بقيت.

وحكى بعضهم في هذه الصورة قولاً بالجواز، فإن ساوت أقل من عشرة جاز عند ابن القاسم خلافاً لأشهب. واختلف الشيوخ هل المختار قول ابن القاسم، أم قول أشهب؟ فاختار التونسي قول أشهب؛ لأنه يلزم هنا السلف بزيادة، لأن المأمور يغرم تمام العشرة، وكأنه قال: لا تبعها لتغرمني فأسلفه عشرة ليأخذ من الدين. واختار اللخمي

قول ابن القاسم وانفصل عما تقدم بما حاصله: أن الدين إنما يباح إذا كان للموكل بيعه فائدة، وإلا فلا فائدة للموكل في بيعه فلا يباع إلا بتراضيهما؛ لكونه متردداً بينهما؛ إن التفت إلى حكم التعدي كان البيع للوكيل، وإن التفت إلى حكم إجازة تعديه كان للموكل، وهذا يمنع من بيعه عنده إلا بتراضيهما، وإذا كان كذلك فلا يتحقق فيه السلف.

تنبيه: قال ابن يونس، كما راعوا في مسألة التسمية أن تكون قيمة الخمسة عشر أقل من العشرة المسماة أو أكثر، فقياسه أن يعتبر أيضاً مع ما وقع البيع به إذا لم يكن سمى بما يكون أكثر السلعة أو أقل، بخلاف ما تقدم عن العتبية أنه إذا باعها بأكثر من القيمة ورضي المتعدي أن يعجل القيمة ويقتضي ذلك عند الأجل ويدفع ما زاد أنه جائز. قال: والمسألتان يدخلهما القولان سمى أو لم يسمِّ، فاعرفه.

وأما المسألة الثالثة، ففي المدونة: إن باع الوكيل أو ابتاع ما لا يشبه من الثمن أو بما لا يتغابن الناس بمثله لم يلزمك؛ كبيعه الأمة ذات الثمن الكثير بخمسة دنانير ونحوها، ويرد ذلك كله ما لم يفت فيلزم الوكيل القيمة، وإن باع بما يشبه جاز بيعه، وإن أمره بشراء سلعة بعينها فابتاعها بألف درهم وهي من ثمانمائة لم يلزمك إلا أن تشاء، وهي لازمة له، وإن كانت شيئاً يتغابن بمثله لم يلزمه.

وَلا يَبِيعُ مِنْ نَفْسِهِ وَلا وَلَدِهِ ولا يَتِيمِهِ، ولا يَشْتَرِي. وَقِيلَ: لَهُ ذَلِكَ، ويَتَوَلَّى حِينَئِذٍ طَرَفَيِ الْعَقْدِ كَالْوَكِيلِ مِنْ كِلا الْجَانِبَيْنِ فِي الْبَيْعِ والنِّكَاحِ ....

المشهور من المذهب والمعروف: أن الوكيل على بيع سلعة لا يكون له بيعها من نفسه، فإن فعل فالموكل بالخيار في الرد والإمضاء، ولو أعتق هذا الوكيل العبد الموكل هو على بيعه، نص عليه غير ابن القاسم في القراض. وقال عبد الوهاب: إن باعه من نفسه من غير محاباة جاز؛ بناء على أن المخاطب هل يدخل تحت الخطاب أم لا ؟ والظاهر وإن

قلنا: إنه يدخل فلا يمضي للتهمة ولا يقال تبين انتفاؤها بالبيع بالقيمة فأكثر؛ لأنا نقول يحتمل أنه إنما اشتراها بذلك لما رأى أن من الناس من يرغب في شرائها بأكثر، وعلى المذهب فإن فاتت السلعة فعليه الأكثر من الثمن والقيمة.

محمد: وهو بتغير الذات أو تغير السوق. وذكر يحيى بن عمر قولاً آخر بأن تغيير السوق لا يفيتها، وذكر ابن حبيب أن الوكيل على بيع سلعة فاشتراها ثم باعها بربح أن الربح للموكل، وكذلك الوصي إذا اشترى من مال الأيتام لنفسه وباعه بربح فإن الربح لهم، فرأى أن ذلك البيع الذي باعه من نفسه كأنه لم يكن لكونه معزولاً.

قوله: (**وَلا وَلَدِهِ**) أي: الصغير. في السلم الثاني من المدونة: ومن وكل رجلاً يسلم له في طعام فأسلمه إلى نفسه، أو ابنه الصغير، أو لشريك له مفاوض، أو شركة عنان، أو زوجته، أو مكاتبه، أو مدبره، أو أم ولده، أو عبده المأذون له في التجارة، أو عبد لولده الصغار، أو عبد أحد ممن ذكرنا، أو ذمي؛ فذلك كله جائز إن صح بغير محاباة، ما خلا نفسه وشريكه المفاوض، أو من يلي عليه من ولد، أو يتيم، أو سفه وشبهه. اللخمي: وإن أسلمه إلى ولده الكبير جاز. وقيد سحنون المفاوض بما إذا أسلم إليه في المال الذي فاوضه فيه، وأما غيره فيجوز، وجائز أن يسلم [٥٥٩/ ب] إلى ابنه الصغير ويتيمه. وقال: لأن العهدة في أموالهم. وإلى هذا القول وقول القاضي أشار بقوله: (**وَقِيلَ: لَهُ ذَلِكَ**). وما ذكر في المدونة في المدبر وأم الولد فهموه في المأذون لهما في التجارة.

ابن عبد السلام: وفي فهمهم ذلك منها نظر. وقال يحيى بن عمر: لا يجوز أن يسلم لعبده المأذون.

قوله: (**ويَتَوَلَّى حِينَئِذٍ**) تفريع على الشاذ. وقوله: (**كَالْوَكِيلِ مِنْ كِلا الْجَانِبَيْنِ فِي الْبَيْعِ**) وذلك يتصور بأن يكون وكيلاً من شخصين، أو ناظراً على يتيمين ونحو ذلك، وكلاهما ظاهر.

وَلَوِ اشْتَرَى مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ عَالِماً ولَمْ يُعَيِّنْهُ الْمُوَكِّلُ لَمْ يَعْتِقْ عَلَى الْمُوَكِّلِ، وفِي عِتْقِهِ عَلَى الْوَكِيلِ قَوْلانِ ....

(**عَلَيْهِ**) أي: على الموكل. و(**عَالِماً**) حال من الضمير في (**اشْتَرَى**) أي: الوكيل من يعتق على الموكل حالة كون الوكيل عالماً بذلك لم يعتق على الموكل، وأما إن لم يعلم؛ ففي المدونة وغيرها: أنه يعتق على الموكل. وخرج غير واحد خلافاً في عدم لزوم البيع إذا لم يكن الوكيل عالماً، ومنهم من استقرأه من كتاب الرهن من المدونة.

ابن عبد السلام: وفيه نظر. واستشكل ما ذكر من التفرقة؛ لأن عقد الوكالة أن تضمن قرابة الموكل صح مع علم الوكيل، وعتقوا على الأمر، وإن لم يتضمنهم لم يصح البيع مع عدم العلم ولم يلزم العتق. وأجيب بأنه تضمنهم بدليل أنهم يعتقدون مع علم الوكيل كونه قصد اضطراره فلم يمكن من ذلك. فقوله: ولم يعينه الموكل، بل قال: اشترِ لي، فاشترى الوكيل أبا الموكل مثلاً؛ فالوكيل متعدٍّ، لأن الموكل أخرج هذا بالعرف؛ إذ المقصود من العبد في العادة الاستخدام ولا يحصل هنا، ولهذا المعنى أتى المصنف بهذه المسألة هنا، فلذلك لم يعتق على الموكل لأنه لم يدخل في ملكه، ولزم الوكيل الشراء.

قال علماؤنا: إلا أن يبين أنه يشتريها لفلان، فإن بين فلم يجز الآمر نقض البيع، وإذا لم يجز الموكل الشراء، فاختلف هل يعتق عليه لأنه كالملتزم لعتقه وهو قول البرقي وابن العطار، أو لا لأنه لا قرابة بينه وبين الوكيل وهو قول ابن عمر ؟ قال: وقاله أبو عبد الله بن معاوية، وهو قول مالك في رواية ابن أبي أويس. واختلف الشيوخ في أي المذهبين هو الجاري على قول ابن القاسم في المقارض يشتري من يعتق على رب المال، هل يقال: هو كالمقارض لأنه إنما قال ابن القاسم بالعتق على المقارض؛ لأنه عنده كالملتزم لعتقه على رب المال وإليه ذهب ابن يونس، أم لا لأن المقارض له شركة وهو قول جماعة من القرويين. قال بعض الشيوخ، المراد بالجهل: هو ألا يعلم أنه أبوه جملة، وأما لو علم به

وجهل الحكم فيه هو كما لو علم لا فرق بينهما، أما إن ادعى الموكل على الوكيل العلم؛ فالقول قول الوكيل، لأنه ادعى عليه عمارة ذمته، فيحلف الوكيل ويلزم الموكل الشراء والعتق، فإن نكل حلف الموكل وأغرمه الثمن وعتق على المأمور اتفاقاً لإقراره بحرية هذا العبد على الموكل بسبب أنه اشتراه له غير عالم.

اللخمي: وإن قال الوكيل: كنت أمرتني بشراء هذا العبد. وقال الآمر: بل بعبد آخر. وقال: أمرتني بتمر. وقال: لا بل بقمح. فقد اختلف في ذلك هل يكون القول قول الآمر، أو المأمور، والمشترى حر باتفاق.

وَعَلَى عِتْقِهِ إِنْ كَانَ مُعْسِراً بِيعَ أَوْ بَعْضُهُ وعَتَقَ مَا فَضَلَ، والْوَلاءُ لِلْمُوَكِّلِ

يعني: وعلى القول بأنه يعتق على المأمور، فإنما ذلك إذا كان موسراً، وإن كان معسراً بالكلية بيع جميعه، وإن كان معسراً ببعضه عتق ما فضل. وهذا فسره البرقي، والولاء للموكل لأنه عبده كأنه أعتقه.

الْعَاقِدَانِ ومَنْ جَازَ أَنْ يَتَصرَّفَ لِنَفْسِهِ، جَازَ أَنْ يُوَكِّلَ ويُوَكَّلَ إِلا لِمَانِعٍ

العاقدان: هو الوكيل والموكل، وفي كلامه حذف في موضعين؛ في صلة المبتدأ إن عددت (من) موصولة، أو في غيرها إن عددتها شرطية. والمحذوف الثاني في الخبر، أو فعل الجزاء. التقدير: من جاز له أن يتصرف لنفسه في شيء جاز له أن يوكل أو يتوكل فيه إلا لمانع. وعلى هذا فيجوز للمحجور عليها أن توكل في ملازم عصمتها.

وقوله: (**إِلا لِمَانِعٍ**) أي: من الموانع المتقدمة في الحجر، وذلك لأن التوكل والتوكيل راجعان إلى الإجارة أو العارية. **فإن قيل**: يرد عليه ما في المدونة: من وكل عبداً مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون يسلم له في طعام ففعل؛ فذلك جائز، لأنه لا يتصرف لنفسه. **فالجواب**: أن ذلك محمول على المأذون له بالاتفاق.

وَفِيهَا: لا يُوَكِّلُ الذِّمِّيُّ عَلَى مُسْلِمٍ أَوْ بَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ يُبْضِعُ مَعَهُ. وَكَرِهَهُ ولَوْ كَانَ عَبْداً ....

لما قال: إلا لمانع. وكانت الموانع المتقدمة في باب الحجر معلومة أخد يشير إلى زيادة على ذلك، والمانع هنا اختلاف الدين. وما نسبه للمدونة تبع فيه ابن شاس، قال، وقال المازري: وما ذاك إلا أنه قد يغلظ على المسلمين.

ابن عبد السلام: وليس فيما بين أيدينا من المختصرات هذا اللفظ على المدونة، تبع فيه ابن شاس في كراهته توكيل الذمي على المسلم، وإنما فيها أن يكون للمسلم على تقاضي ديونه بعضهم على نحو ما ذكره المصنف. انتهى.

وقوله: (**وَكَرِهَهُ**) المراد بالكراهة التحريم. ولفظ المدونة في السلم الثاني: ولا يجوز أن توكل ذمياً أن يسلم لك في طعام، ولا أن يشتري لك ولا يبيع، ولا تستأجره أن يتقاضى لك، ولا تبضع معه، وكذلك عبده النصراني. خليل: ومعنى المدونة كما نقله المصنف. والمصنف لم يلتزم نقل لفظ المدونة فاعلمه.

فائدة: قال في البيان في باب الرضاع: إجارة المسلم نفسه من اليهودي والنصراني على أربعة أقسام؛ جائزة، ومكروهة، ومحظورة، وحرام.

فالجائزة: أن يعمل له عملاً في بيت نفسه، أو في حانوته؛ كالصانع يعمل للناس فلا بأس به، كما [٥٦٠/ أ] يفعل للناس من غير أن يستبد بعمله.

والمكروه: أن يستبد بجميع عمله من غير أن يكون تحت يده، مثل: أن يكون مقارضاً أو مساقياً.

والمحظور: أن يؤاجر نفسه في عمل يكون فيه تحت يده؛ كأجير الخدمة في بيته وما أشبه ذلك، فهذا يفسخ إن عثر عليها، وإن فاتت مضت وللأجير الأجرة.

والحرام: أن يؤاجر منه نفسه بما لا يحل من عمل الخمر، أو رعي الخنازير؛ فهذا يفسخ إن عثر عليها قبل العمل، فإن فات العمل تصدق بالأجرة على المساكين. انتهى.

ولعله عبر بالمحظور في الثالث وفي الرابع بالحرام لتغاير الأحكام، وإلا فالحرام والمحظور مترادفان، وقيل في الوجه الأول بالكراهة وهو الذي اختاره فضل.

وَلا يُوَكَّلُ عَدُوٌّ عَلَى عَدُوِّهِ

لأنه يجيز بذلك السبيل إلى نصرته.

وَيَمْلِكُ الْوَكِيلُ الْمُطَالَبَةَ بِالثَّمَنِ وَقَبْضَهُ، وَقَبْضَ الْمَبِيعِ، وَالرَّدَّ بِالْعَيْبِ

يعني: أن التوكيل على البيع يستلزم أن يكون للوكيل المطالبة وقبض الثمن، ولذلك لو سلم إليه المبيع ولم يقبض ضمنه. وهذا مقيد بما إذا لم تكن العادة الترك، فقد نص أبو عمران على أنه لو كانت العادة في الرباع أن وكيل البيع لا يقبض، فإن المشتري لا يبرأ بالدفع إليه.

وقوله: (**وَقَبْضَ الْمَبِيعِ**) أي: والتوكيل أيضاً على الشراء يستلزم قبض ما اشتراه ويستلزم الرد بالعيب، ولهذا قال ابن الهندي: كل من نص له في الوكالة على شيء فلا يتعداه إلا هنا، أما لو وكله على البيع وصرح بأنه لا يقبض الثمن مثلاً فلا يكون له القبض.

وقوله: (**وَالرَّدَّ بِالْعَيْبِ**) يريد: ولم يعلم الوكيل بالعيب قبل شرائه ودخل على ذلك لقوله:

فَإِنْ عَلِمَ بِالْعَيْبِ كَانَ لَهُ وَلا رَدَّ إِلا فِي الْيَسِيرِ، وَشِرَاؤُهُ نَظَرٌ

يعني: وأما لو علم الوكيل بالعيب قبل الشراء فالمشترى له ولا رد للوكيل إلا بشرطين أو شرط مركب من جزأين؛ أن يكون العيب يسيراً، وأن يكون شراؤه نظراً

للآمر؛ أي: مصلحة له. قال في المدونة: وإن اشترى الوكيل معيباً وكان عيباً خفيفاً يغتفر مثله، وكان شراؤه فرصة؛ لزم الموكل، وإن كان عيباً مفسداً لم يلزمه إلا أن يشاء، وهي لازمة للمأمور إلا أن يشاء، يبين لك أن مراد المصنف بقوله: (**كَانَ لَهُ**) إن شاء.

فَلَوْ عَيَّنَهُ الْمُوَكِّلُ فَلا رَدَّ لِلْوَكِيلِ. وقَالَ أَشْهَبُ: لَهُ ذَلِكَ

يعني: أن ما قدمه من أن للوكيل الرد بالعيب إنما هو إذا لم يكن المأمور عين المشتري، وأما إن قال له: اشتر لي عبد فلان، فلا رد للوكيل؛ لاحتمال أن يكون الآمر قد علم بعيبه، أو يغتفره عند اطلاعه لغرضه فيه. وقال أشهب: له الرد كالأول. هذا ظاهر كلامه وفيه نظر؛ لأنه عكس المنقول.

ابن عبد السلام: وذلك أنه اتفق على أنه لا رد للوكيل إن كانت السلعة معينة، واختلف إذا لم تكن معينة، فقال ابن القاسم في المدونة: له أن يرد؛ لأنه ضامن لمخالفة الصفة. وقال أشهب: ليس له أن يرد، فإن رد؛ فللموكل ألا يجيز الرد ويضمنه قيمتها إن فاتت.

أبو عمران: وإذا كان يلزمه الضمان بإمساكه السلعة على قول ابن القاسم ويرد طالباً على قول أشهب بالحيلة في التخلص منه أن يرفع للحاكم فيحكم له بأحد المذهبين فيسقط عنه الضمان. وقيد اللخمي قول ابن القاسم بما إذا كان العيب ظاهراً، فقال ابن القاسم: للوكيل أن يرد لأنه ضامن إذا اشترى معيباً، ثم قال: وقول ابن القاسم بيِّنٌ إن كان العيب ظاهراً لأنه فرط.

اللخمي: وإن كان مما يخفى فلا شيء عليه، وإذا لم يكن عليه ضمان لم يكن له أن يرد.

تنبيه: ما ذكره إنما هو في الوكيل المخصوص، وأما المفوض فيجوز أن يرد ولو عين الآمر له المشترى، وكذلك له أن يقبل ونحو ذلك من غير محاباة، نص عليه في المدونة.

وَيُطَالَبُ بِالثَّمَنِ وَالْمَثْمُونِ مَا لَمْ يُصَرِّحْ بِالْبَرَاءَةِ

يعني: ويطالب الوكيل بثمن ما اشترى وبما باع، ولا ينجيه من هذه المطالبة على البائع في الأولى، أو على المشتري في الثانية أنه وكيل، ولا التصريح بالوكالة حتى يصرح أنه لا شيء عليه من دفع الثمن ولا من دفع المبيع، وإنما يدفع ذلك الموكِّل؛ لأن الأصل أن قابض العوض يلزمه دفع عوضه، فقابض المبيع يلزمه دفع الثمن، وقابض الثمن يلزمه دفع المبيع، وقد ذكر في المدونة في كتاب العيوب والمواز مثل ما ذكره المصنف سواء وهو أصل المذهب، لكن في السلم الثاني لمالك إن وكل رجلاً أن يأخذ له سلماً من آخر فإنه يلزمه. قال: فإن شرط عليه المبتاع أنه إن لم يرض الرجل فالسلم عليك جاز، وكذلك إن ابتعت لرجل سلعة بأمره من رجل يعرفه البائع على أن الرجل إن أقر له بالثمن وإلا فهو عليك نقداً أو إلى أجل؛ فلا بأس به، وظاهره أن المطالبة بالعوض في المسألتين إنما هي للموكل لا الوكيل إلا بشرط. وقد يقال: هاتان المسألتان راجعتان إلى اشتراط تقديم الموكل، والله أعلم.

وقال أشهب، وسحنون في مسألة السلم: إنها لا تجوز، ولقولها وجه، وتركنا ما يتعلق بمسألة السلم لأنها دخيلة في هذا الباب.

فرع:

قال في الموازية: إن قال فلان بعثني إليك لتبيعه فهو كالشرط، ولا يبتع إلا فلاناً وإن أنكر فلان غرم الرسول رأس المال.

أشهب: وإن قال بعثني إليك لأشتري منك أو لتبيعني؛ فالثمن على الرسول ولو أقر بذلك الرسول فلا يبرأ وهو عليهما.

فرع: ولو أسلم رجل في شيء وقال له: هو لفلان. فأتى فلان في غيبة المسلم فطلبه، فهل يجبر على الدفع وهو قول بعض القرويين، أو لا لأنه يقول: إن دفعت لك قد يأتي المسلم وينكر فأغرم ثانية وهو قول ابن القاسم في كتاب ابن سحنون.

وَالْعُهْدَةُ عَلَيْهِ مَا لَمْ يُصَرِّحْ بِالْوَكَالَةِ أَوْ يَعْلَمْ

وعهدة العيب والاستحقاق على الوكيل، إلا أن يصرح بأنه وكيل أو يعلم المشتري [٥٦٠/ب] بذلك، فحينئذ يطلب الموكل وهو إذاً مقيد بها إذا رد السلعة عليه ويكون الثمن على الموكل وإن لم يعلمه بأنه لفلان حلف الوكيل، وإلا ردت السلعة إليه.

وفي الموازية: لا يمين على الوكيل - أي: المفوض - وأما المخصوص فعليه اليمين ويبتع كما يبتع البائع إذا تولى المبايعة، وجعل الأمر في العهدة أخف من المطالبة بالثمن؛ لأن التصريح بالوكالة والعلم بها لا يكون مقتضياً لعدم المطالبة بالثمن؛ لأن المطالبة بالثمن أو المثمون لابد منها، والأصل عدم الاستحقاق والعيب. ولأصبغ أن العهدة كالثمن؛ لأنه قال في خامس الثمانية: ما كان من رد بعيب فذلك على المتولي البيع، إلا أن يشترط عند البيع اشتراطاً بيناً أنه لا عهدة عليه ولا تباعة ولكن على ربها؛ فحينئذ لا يكون عليه من تباعة ذلك شيء. وقد تبين لك أن قوله: (**فَيُطَالِبُهُ**) مرفوع على قوله: (**مَا لَمْ يُصَرِّحْ**) أي: إذا صرح أو علم طولب حينئذٍ، وقد ذكرنا هذه المسألة في البيوع.

وَلَوْ تَلِفَ الثَّمَنُ فِي يَدِهِ رَجَعَ عَلَى مُوَكِّلِهِ

يعني: ولو تلف الثمن في يد الوكيل قبل أن يصل إلى يد البائع فإن الوكيل يرجع على موكله بالثمن ولو تلف مراراً، وهذا مقيد بما إذا لم يكن الموكل دفع الثمن أولاً، وأما إن دفع قبل الشراء فضاع؛ فإنه لا يلزم الآمر غرم الثمن ثانياً إن أبى، هكذا ذكر في المدونة الحكم في المسألتين وفرق بينهما بأنه في الثانية مال بعينه وقد ذهب، بخلاف الأولى فإنه إنما اشترى على ذمتك، حتى يصل إلى ربه.

ابن المواز: وعليه الخلف، ولو تلفت السلعة التي اشتراها فلبعض المدنيين: لا يلزم الموكل غرم الثمن في الوجه الأول فأحرى الثاني، ذكره في المدونة في باب القراض.

وللمغيرة: يلزمه غرم الثمن في الثاني فأحرى الأول.

ابن يونس: وأبينها التفصيل. قال غيره: وهذا الخلاف إنما هو عند الإطلاق، وأما لو قال: اشتر على الذمة أو هذه على التعيين لنفع الشرط اتفاقاً، ويحتمل أن يريد المصنف أن الوكيل على البيع إذا باع وقبض الثمن ثم تلف منه من غير تعد ثم اطلع المشتري على عيب في المبيع أو استحق منه فإنه يرجع بما وجب له على الموكل، ويكون فاعل **(رَجَعَ)** ضميراً عائداً على المشتري المفهوم من السياق، أو يقرأ **(رُجِعَ)** مبنياً للمفعول وفي هذا بعد؛ لأنه يستغنى عنه بما تقدم، وعلى هذا فالأول أظهر؛ لكنه قد أخل بأحد وجهي المسألة كما تبين لك.

ابن عبد السلام: والأقرب منهما مذهب المغيرة؛ لأن الثمن في ذمة الموكل أمينه، وإنما قلنا أنه في ذمة الموكل لأن الدراهم والدنانير إذا لم تتعين في حق المتبايعين على المعروف فأحرى ألا تتعين في حق الوكيل. وقال أبو الحسن، انظر قوله: لأن هذا مال بعينه فقد ذهب. فإنه يناقض مذهبه في غير موضع؛ في أن من باع سلعة بثمن أو استحق الثمن وكان عيناً أن البيع لا ينقض ويغرم الثمن، إلا أن يقال: ليست العلة مجرد التعيين بل العلة مركبة من وصفين؛ التعيين، وعدم المباشرة للمعاملة.

وَلَوْ سَلَّمَ الْمَبِيعَ ولَمْ يَشْهَدْ فَجَحَدَ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ ضَمِنَ

يعني: ولو أسلم الوكيل على البيع المبيع ولم يشهد على القبض فجحد المشتري الثمن؛ يريد: وأصل البيع، وإلا فلو أقر بالبيع وقبض السلعة وادعى دفع الثمن لكان مدعياً يلزمه الغريم إذا حلف الوكيل، ولو أخر المصنف لفظ **(الثَّمَنَ)** عن **(ضَمِنَ)** لكان حسناً، وكان يأتي على مذهب ابن شبلون في المدونة؛ لأن فيها: ولو وكله على بيع سلعة فباعها ولم يشهد على المشتري فهو ضامن؛ لأنه أتلف الثمن إذا لم يشهد. قال: وقد قال مالك فيمن أبضع معه بضاعة ليوصلها لرجل، فذكر أنه وصلها وأنكر المبعوث إليه أن

تكون قد وصلت إليه أن الوكيل ضامن إذا لم يشهد، فأبقاها ابن شبلون على ظاهرها أنه يضمن الثمن، وهو اختيار عبد الحق وابن يونس وغيرهما، ولأن في الموازية ما يدل عليه. قال ابن أبي زيد: يضمن قيمة السلعة. وقال بعض الأصحاب: يضمن الأقل من قيمة السلعة والثمن. وذهب ابن الماجشون إلى عدم الضمان في مسألة البضاعة التي استشهد لها في المدونة. وأشار اللخمي إلى تخريجه في مسألة المصنف من ضمان الوكيل لعدم الإشهاد؛ إنما هو إذا كانت العادة الإشهاد، وأما إذا كانت العادة تركه في بعض المبيعات ليسارتها، قال الشيخ أبو محمد، وأبو بكر بن عبد الرحمن: لا ضمان عليه. وهو اختيار اللخمي. وقال ابن التبان، والإبياني: عليه الضمان، والأول أظهر.

وَلَوْ أَقْبَضَ الدَّيْنَ فَكَذَلِكَ، وقِيلَ: إِلا أَنْ تَكُونَ الْعَادَةُ التَّرْكَ

أي: لو أقبض الوكيل الدين الذي على موكله لصاحبه فكذلك يضمن إذا جحد صاحب الدين القبض لتفريطه. وقوله: (**وَقِيلَ... إلخ**). **ابن عبد السلام:** وهو قول ثالث ذكره غير واحد، وأشار بعضهم إلى أنه لا يختلف في سقوط الضمان إن كانت العادة ترك الإشهاد، وإنما يختلف إذا كانت العادة بالأمرين معاً الإشهاد وعدمه، أو لم تكن عادة بالجملة حيث لم تضبط العادة بشيء.

ابن عبد السلام: وقيل في الوكيل على مطالبة غريمه يدفع بغير بينة أنه غير ضامن. وعد هذا بعضهم تقييداً للمشهور، ولعل هذا إن صح يكون حيث جرت العادة بترك الإشهاد. انتهى.

فرعان؛ أولهما: استثنى من الضمان ما إذا كان الدفع بحضرة رب المال، ففي قراض المدونة: وإن كان وكل على شراء سلعة معينة أو غير معينة فدفع الثمن وجحده البائع هو ضامن ولرب المالين تغريمه، وإن علم بقبض البائع الثمن بإقراره عنده ثم جحده، أو

بغير ذلك ويطيب له ما يقضي له به ذلك إلا أن يرجع الوكيل الثمن بحضرة رب المال فلا يضمن. انتهى.

ثانيها: إذا شرط المأمور أنه لا يشهد [٥٦١/ أ] عند دفع البضاعة ثم جحد القابض؛ جاز الشرط ونفع المأمور وحلف إذا كان غير أمين.

مطرف: ولو شرط المأمور ألا يمين عليه فشرطه باطل للتهمة.

وَلَوْ قَالَ: قَبَضْتُ الثَّمَنَ وتَلِفَ بَرِئَ ولَمْ يَبْرَأ الْغَرِيمُ إلا بِبَيِّنَةٍ إلا فِي الْوَكِيلِ الْمُفَوَّضِ ....

أي: لو قال الوكيل: قبضت ثمن ما بعته وتلف برئ؛ لأنه أمين، لكن لا يبرأ المشتري إلا ببينة تشهد بمعاينة الدفع، إلا في الوكيل المفوض فإن المبتاع يبرأ بإقراره، وفي معناه الوصي.

مطرف: وإذا ودى الغريم الثمن فله أن يرجع على الوكيل لأنه فرط في دفعه حتى ضاع. وقال ابن الماجشون: لا يرجع بشيء حتى يُعلم من الوكيل تفريط، وهو اختيار ابن حبيب. وعن ابن القاسم في المأمور يدفع ثوباً إلى صباغ، فقال: دفعته إليه وأنكر الصباغ؛ فإن لم يقم الرسول بينة ضمن، ولو قال الصباغ: قبضته وضاع مني وهو عديم ولا بينة بالدفع إليه؛ فالصباغ ضامن ويبرأ المأمور.

وَلَوْ أنْكرَ الْوَكِيلُ قَبْضَ الثَّمَنِ فَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ، فَقَالَ: تَلِفَ أَوْ رَدَدْتُهُ لَمْ يُسْمَعْ ولا بَيِّنَتُهُ لأَنَّهُ كَذَّبَهَا....

تصوره ظاهر. وقيل في هذا الأصل: أن البينة تقبل، ونظيرتها ما أشار إليه بقوله:

وَكَذَلِكَ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ

وهو ظاهر. وكذلك لو أنكر المودع الوديعة فقامت عليه البينة، فقال: رددتها وأقام البينة على الرد أو التلف. وكذلك أيضاً الزوج يملك زوجته فتطلق نفسها ثلاثاً فينكر

التمليك فتقول بذلك البينة، فيقول: إنما قصدت واحدة، وكذلك إذا طولب بثمن سلعة اشتراها وأنكر الشراء فأقام المدعي البينة عليه وعلى قبض السلعة وأقام المدعى عليه بينته فدفع ثمنها، وكذلك إذا ادعت عليه زوجته أنه قذفها فأنكر فأثبتت أنه قذفها فأراد أن يلاعن، فقال ابن القاسم: له ذلك. وقال غيره: ليس له ذلك ويجلد.

وَقَيِّمُ الْيَتِيمِ لا يُصَدَّقُ فِي الدَّفْعِ

لأنه لو كان مصدقاً لم يحتج إلى إشهاد لكن يحتاج إليه لقوله تعالى: ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ [النساء:٦]. وجعل أهل المذهب هذه الآية أصلاً في كل من ادعى الدفع إلى غير اليد الذي ائتمنته أنه لا يصدق إلا ببينة، وعلى قول ابن الماجشون أنه بعث ببضاعة مع رجل أنه لا يلزمه الإشهاد في دفعها، وإن أنكر القابض كانت ديناً أو صلة يتخرج منه قبول دعوى الوصي الرد على الأيتام. ونقل بعضهم قول ابن الماجشون صريحاً في الأيتام وجعل منشأ الخلاف قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ هل ذلك لئلا تغرموا ولا تحلفوا. وعلى المشهور من الغرم مع عدم الإشهاد فإنما ذلك إذا أقام اليتيم عليه بالقرب.

مالك في الموازية: وإن طال الزمان فيما بين رشدهم وقيامهم، مثل ثلاثين أو عشرين سنة لا يسألونه عن شيء؛ فإنما عليه اليمين لقد دفع إليهم أموالهم، ونحوه في العتبية. وقال ابن زرب: إذا قاموا بعد العشر أو الثماني لم يكن له قبله إلا اليمين.

وَالْمُصَدَّقُ فِي الرَّدِّ لَيْسَ لَهُ التَّأْخِيرُ لِعُذْرِ الإِشْهَادِ

أي: والذي يصدق في دعوى الرد من وكيل أو مودع ليس له أن يؤخر الدفع ويعتذر بالإشهاد؛ إذ لا فائدة له لأنه مصدق في دعواه الرد من غير إشهاد. وذكر المصنف المسألة

في صورة القاعدة الكلية، وإن كان إنما تكلم فيؤخذ منه الحكم في الوديعة، وما ذكره من تصديق الوكيل في دعواه الرد هو مذهب المدونة.

وحكى ابن رشد في ذلك أربعة أقوال؛ **الأول**: هنا أنه يصدق مع يمينه، وهو قول مالك في العتبية ومذهب المدونة في آخر الوكالات.

والثاني: إن كان بقرب ذلك بالأيام اليسيرة فالقول قول الموكل أنه ما قبض منه شيئاً وعلى الوكيل إقامة البينة، وإن تباعد الأمر كالشهر ونحوه فالقول قول الوكيل مع يمينه، وإن طال الأمر جدًّا لم يكن على الوكيل يمين، رواه مطرف عن مالك.

والثالث لابن الماجشون، وابن عبد الحكم: إن كان بحضرة ذلك وقربه بالأيام اليسيرة صدق الوكيل مع يمينه، وإن طال الأمر جدًّا صدق الوكيل بلا يمين.

والرابع: التفرقة لأصبغ بين الوكيل على الشيء بعينه فيصدق إلا أن يقيم البينة وإن طال الأمر، وبين الوكيل المفوض إليه فيصدق في القرب مع يمينه؛ ففي البعد بغير اليمين، ابن الماجشون: ولو مات وكيل المرأة -زوجاً أو غيره- بحدثان القبض كان ذلك في مال الوكيل -زوجاً أو غيره- إذا عرف القبض وجهل الدفع، فإن كان مؤتمناً بغير حدثان ذلك، وما يكون في مثله الدفع فلا شيء في أموالهما، وإن لم يقر بالدفع، قال في البيان: ولا خلاف عندي في هذا الوجه. انتهى. ولو قيل إن للوكيل والمودع تأخير الدفع حتى يشهد لكان حسناً؛ لأنهما يقولان: إذا لم يشهدا توجه عليهما اليمين فكان لنا التأخير لتسقط عنا اليمين، لاسيما الوكيل لهذا الخلاف الذي فيه، وقاله بعضهم.

وَالْوَكِيلُ فِي التَّعْيِينِ لا يُوَكِّلُ إِلا فِيمَا لا يَلِيقُ بِهِ أَوْ لا يَسْتَقِلُّ لِكَثْرَتِهَا

احترز بالتعيين من المفوض فإن له أن يوكل على المعروف، وحكى في البيان قولاً بأنه لا يوكل، قال: والأظهر أن له ذلك؛ لأن الموكل أحله محل نفسه فكان كالوصي، ولم يكن

للوكيل توكيل غيره؛ لأن الموكل لم يرض إلا بأمانته، ولأنه تصرف في الوكالة على خلاف ما أذن له.

واستثنى المصنف موضعين؛ **الأول**: أن يكون الوكيل لا يليق به تولي الموكل فيه؛ كمن وكل رجلاً شريفاً معروفاً بالجلالة على بيع ثوب أو دابة، لأن الوكيل لما كان لا يتصرف في هذا لنفسه كان ذلك قرينة في إجازة توكيله غيره، فكان ذلك كالتصريح بإجازة التوكيل.

والموضع الثاني: أن يوكله على أمور كثيرة لا يمكن الوكيل أن يستقل بها؛ لأنه بالعادة قد أذن له في التوكيل، إلا أن الوكيل في الموضع الثاني يسوغ له أن يستعين بوكيل آخر ولا يجعل جميع ما إليه للوكيل، بخلاف الأول فإنه يوكل على جميع ما جعل له، ولا شك في الأول إذا علم الموكل بحال الوكيل، وأما إن لم يعلم؛ فقطع بعضهم بأنه لا التفات لعلمه.

قال التونسي: وانظر إن لم يعلم بذلك رد المال، فإن [٥٦١/ ب] كان الوكيل مشهوراً فإنه لا يلي مثل ذلك فالأشبه ألا يضمن، وإن لم يكن مشهوراً بذلك فرضاه بالوكالة يدل على أنه هو المتولي حتى يعلم رب المال أنه لا يتولى.

وفي المقدمات: ليس له أن يوكل على ما وكل عليه غيره، ولا أن يوصي إلى أحد بذلك، إلا أن يجعل ذلك إليه الموصي، فإن فعل فتلف المال ضمن على مذهب ابن القاسم، وإن علم أنه لا يلي مثل ذلك لنفسه إذا لم يعلم بذلك الموكل الأول، وهذا نص رواية يحيى عن ابن القاسم، وفي ذلك نظر. وقال أشهب: إذا كان مثله في الكفالة فلا ضمان عليه. انتهى.

فرع: فإن وكل حيث لم يكن له ذلك؛ فالمعروف من المذهب أنه متعد. قال في المدونة: ومن وكل رجلاً ليسلم له في طعام فوكل الموكل غيره لم يجز. ولأصبغ وغيره: إذا فعل وكيله مثل ما فعل الوكيل الأعلى في النظر والصحة لزم، وإن كان على خلاف ذلك

لم يلزمه ولم يجز الرضى به. واختلف في قوله في الكتاب: لم يجز. فحمله بعضهم على أن للآمر فسخه وإجازته. وحمله ابن يونس على أن المعنى لم يجز رضى الآمر بما يعمل وكيل وكيله؛ إذ بتعديه صار الثمن عليه ديناً للآمر فلا يفسخه في سلم الوكيل الثاني، إلا أن يكون قد حل قبضه فيجوز لسلامته من الدين.

وروى ابن القاسم عن مالك في الواضحة: أن للموكل الخيار كالتأويل الأول. ابن حبيب: وأنكر ذلك أصبغ ومن لقيت من أصحاب مالك.

وَلا يُوَكِّلُ إِلا أَمِيناً

وحيث قلنا أن للوكيل التوكيل فلا يوكل إلا أميناً؛ لأن العادة إنما تدل على ذلك.

وَلا يَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ الثَّانِي بِمَوْتِ الأَوَّلِ

لأنه صار كالوكيل عن الأصل، فإنا لا نجيز له الوكالة إلا إذا أمكن له في ذلك؛ إما بإذن صريح، أو بحسب العادة، وعلى هذا التقدير، فقال المازري: الأظهر أن الوكيل الثاني لا ينعزل بموت الوكيل الأول، بخلاف انعزال الأول بموت موكله.

وَيَنْعَزِلانِ بِمَوْتِ الْمُوَكِّلِ. وقِيلَ: لا يَنْعَزِلُ الْمُفَوَّضُ إِلا بِعَزْلِ الْوَرَثَةِ

أي: ينعزل الوكيل الأعلى والأسفل بموت الموكل على المشهور؛ لأنهما إنما كانا يتصرفان له وقد انتقل المال بعد الموت للوارث، وسواء كان كل واحد منهما مفوضاً إليه أم لا، والقول بأنه لا ينعزل المفوض إلا بعزل الورثة لمطرف وابن الماجشون. وجهه القياس على القاضي والأمير، فإنهما لا ينعزلان بموت الخليفة، والفرق للأول أن الوكيل إنما قدم لمصلحة الموكل، وقد حكى ابن الماجشون إجماع العلماء على مثل المشهور، ووقع لأصبغ أن الوكالة تنفسخ بموت الموكل، وإن كان رب المال هو البائع فلا يجوز له أن

يتقاضى الثمن إلا بتوكيل الورثة، بخلاف إذا كان الوكيل هو المتولي فهو على ولايته.

ومراد المصنف بقوله: (**يَنْعَزِلانِ بِمَوْتِ الْمُوَكِّلِ**) إذا علما، ويدل على ذلك قوله:

وَفِي انْعِزَالِهِ قَبْلَ بُلُوغِ الْخَبَرِ إِلَيْهِ فِي الْمَوْتِ، وَفِي الْغَيْبَةِ قَوْلانِ

لأن حكايته الخلاف هنا فيما إذا لم يبلغه الخبر يدل على أن الأول محمول على العلم. ومذهب المدونة: أنه لا ينعزل قبل علمه في الموت، ففيها: إن اشترى بعد موت الآمر ولم يعلم بموته؛ فذلك لازم للورثة، ويؤخذ الثمن من التركة إن لم يكن الوكيل قبضه، وكذلك ما باع. وعلى حمل المدونة على هذا من الفرق بين العلم وعدمه عامة الشيوخ. والقول بأنه ينعزل بمجرد الموت لابن القاسم وأصبغ، وروي أيضاً عن مالك، وزعم اللخمي أنه ظاهر المذهب، وتأول ما في المدونة على أن البائع والمشتري غابا، ولو كانا حاضرين وبيَّنَ لهما الرجل أنه وكيل؛ كان للورثة رد ذلك.

وأما العزل وإليه أشار المصنف بقوله: (**وَفِي الْغَيْبَةِ**) فتأول أبو عمران أن المذهب في العزل كالموت يصح تصرفه قبل العلم، وهو قول ابن القاسم وأشهب، ورأى أن ما في المدونة في آخر كتاب الشركة: أن الوكيل لو كان مفوضاً إليه إذا خلعه غرماؤه، فذلك أنه لا يبرأ غريم بما دفع إليه كان من ثمن أم لا خلافاً لهذا. وكذلك اعترض سحنون مسألة الشركة، وتأول بعضهم أنه لا فرق بين العزل والموت، وإلى التسوية ذهب التونسي وابن محرز وتأولوا مسألة الشركة أن العزل كان مشهوراً فلم يصدقه على أنه لم يعلم، وعلى هذا فيتحصل في مسألة الموت والعزل قبل العلم ثلاثة أقوال؛ ثالثها: يمضي تصرفه الموت دون العزل. ولعله في هذا القول الثالث لاحظ قول مطرف أن الوكيل لا ينعزل في الموت، وإلا ففي الفرق بينهما من حيث المعنى عسر، وذكر في المقدمات عن بعضهم أنه يقول: لا فرق بين المسألتين، ويجعل في كل منهما ثلاثة أقوال؛ أنه لا يبرأ من دفع إلى

الوكيل فيهما. وإن لم يعلم الدافع بذلك؛ علم الوكيل أو لم يعلم أنه يبرأ فيهما إذا دفع ولم يعلم بموت موكله أو عزله، ولا فرق بين أن يعلم الوكيل ذلك أم لا. والثالث: أنه يبرأ إذا دفع إليه ولم يعلم هو والوكيل، ولا يبرأ إن علم الدافع بالموت والعزل، ويتحصل في المسألة خمسة أقوال. والمصنف لم يتعرض لشيء من ذلك، فلذلك تركناها نحن أيضاً، والخلاف مبني في هذه المسألة على الخلاف في الفسخ من حين الوصول أو البلوغ، واختار جماعة القول بأنه لا ينعزل فيهما استصحاباً للحال، وإلا أدى إلى الشك في إنكاحه ومعاملته، وقياساً على أهل قباء، وأجيب عن القياس بأن المكلف إذا أمر بالتوجه إلى بيت المقدس حرم الإحرام لغيره وهو مضطر إلى الفعل فعذر، بخلاف تصرف الوكيل فإنه من المباحات، والله أعلم.

قال بعض الشافعية: وتنفسخ الوكالة بطروء الجنون على الوكيل والموكل؛ لأن الوكالة من [٥٦٢/ أ] العقود الجائزة فوجب أن تنفسخ بالجنون لطروئه على عقد غير لازم.

المازري: وفيه تفصيل عندي، فإن طرأ على الوكيل ثم عاد عليه عقله ثم أراد إبقاء على التصرف فإنه يمكن من ذلك إذا كان الموكل حاضراً أو لم يعزله، وإن كان غائباً ولم يعلم بجنونه فإن ذلك لا يمنعه من التصرف؛ لأن الموكل أذن له في التصرف مع جواز القواطع، وإن كان طروء الجنون على الموكل؛ فالأظهر أنه يمكن من التصرف كوديعة أودعها، لكن لو طال زمان جنونه طولاً يفتقر معه إلى نظر السلطان في ماله، فإنه مما ينظر فيه. وذكر خلافاً بين الحنفية في ردة الوكيل هل توجب عزله؟ قال: والأظهر عندي أنه لا ينعزل بذلك؛ إذ الحجر عليه إنما يكون لحق المسلمين في المال، إلا أن يعلم بمقتضى العادة أن الموكل لا يرضى بتصرفه في ماله إذا ارتد فيكون ذلك مما يوجب منعه من التصرف.

وَمَهْمَا شَرَعَ فِي الْخُصُومَةِ فَلا يَنْعَزِلُ وَلَوْ بِحُضُورِهِمَا

لما ذكر العزل وأفهم كلامه أن للموكل العزل بشرط ألا يتعلق بالوكالة حق الغير، وظاهره أن مجرد الشروع موجب لعدم العزل، وقاله اللخمي وابن شاس، وزاد: إلا أن يخاف من غريمه استطالة بسبب ذلك.

وفي المقدمات: ليس له أن يعزله إذا قاعد خصمه المرتين والثلاث إلا من عذر. هذا هو المشهور في المذهب، ووقع لأصبغ في الواضحة ما يدل على أن له أن يعزله ما لم يشرف على تمام الخصام، وفي المحل الذي لا يكون للموكل عزله عن الخصام لا يكون له هو أن ينحل عن الوكالة إذا قبل الوكالة. انتهى. وإن أراد السفر بعد الثلاث مجالس حلف ما قصد السفر ليوكل، فإن نكل لم يكن له أن يوكل، نعم له بأن يعزله، وإن كانت وكالته بأجرة، أو قاعد الخصم ثلاث مرات إذا تبين منه تفريط، أو يقوم عليه دليل تهمة بينه وبين من وكل عليه.

فرع: واختلف إذا وكله على بيع سلعة أو شرائها أو سمى له شخصاً معيناً، هل له أن يعزله كما لو أطلق، أو لا ؟ على قولين.

المازري -وعدها الأشياخ من مشكلات المسائل - قال: والأصح عندي في ذلك إن عين المشترى وسمى له الثمن وقال: شاورني، فهذا موضع الإشكال والاضطراب، هل له غرض في عين المشترى، أم لا ؟ واختلف إذا وكله أن يملك زوجته أمرها، هل للموكل أن يعزله ؟ فرأى اللخمي وعبد الحميد أنه ليس له ذلك، قالوا: بخلاف أن يوكله على أن يطلق زوجته فإن فيه قولين. ورأى غيرهم أنه يختلف في عزله كالطلاق. واستشكل المازري الطريقة الأولى بأنه لا منفعة للوكيل في هذه الوكالة، فكان الأولى أن يكون له عزله، إلا أن يقال: لما جعل له تمليك زوجته صار كالملتزم لذلك التزاماً لا يصح له الرجوع.

وَلا يَعْزِلُ نَفْسَهُ عَلَى الأَصَحِّ

هو عائد على وكيل الخصام، وسيأتي الكلام على غيره من الوكلاء؛ يعني: إذا امتنع الموكل من عزل وكيل الخصام فكذلك وكيل الخصام لا يعزل نفسه على الأصح، وظاهره بمجرد الشروع، وكلام صاحب المقدمات المتقدم يدل على أنه إنما يمتنع عزله إذا قاعد الخصم ثلاث مرات، ومقابل الأصح من كلام المصنف يحتمل أن يريد به المشهور، ويحتمل أن يريد به قول أصبغ.

وَلأَحَدِ الْوَكِيلَيْنِ الاسْتِبْدَادُ مَا لَمْ يَشْتَرِطْ خِلافَهُ

وهذا بخلاف الوصيين، فإنه لا يكون لأحدهما الاستبداد؛ أي: الاستقلال إلا بإذن، والفرق أن الموصي يتعذر منه النظر في الرد، بخلاف الموكل إن ظهر منه على أمر عزله، ونص صاحب الجواهر على ما ذكره المصنف، وقرره ابن عبد السلام وغيره، وفي المدونة في باب التخيير: وإن ملك أمر امرأته رجلين لم يجز طلاق أحدهما دون الآخر كالوكيلين.

وهذا أيضا مقتضى ما في النوادر؛ ففيها، قال يحيى عن ابن القاسم: إذا وكل رجلين على تقاضي دين فمات أحدهما، فليس للحي تقاضٍ إلا بإذن القاضي، وأحب إلي أن يوكل القاضي رجلاً يرضاه يقبض معه إن وجد من بلد المستخلف إن خاف القاضي أن يتلف ماله ورأى للتوكيل وجهاً، وإن كان مكان المستخلف قريباً وديونه مأمونة أمر الحي من الوكيلين أن يتوثق من الغرماء حتى يأمن من الدين التلف، ثم يستأني به حتى يحوله الآمر وكالة. انتهى.

وفي المدونة في باب العتق قريب مما ذكرناه عنها في باب التخيير، وأنه إذا قال لرجلين: اعتقا عبدي، لا يكون لأحدهما العتق. ونص اللخمي لما تكلم عليها: أنه لو وكل رجلين يبيعان له سلعة فباع أحدهما أن البيع لا يلزمه. وإن هذا من كلام المصنف وابن شاس فاعلمه.

وَالْوَكَالَةُ بِأُجْرَةٍ لازِمَةٌ كَالإِجَارَةِ، ويَجِبُ الْعِلْمُ بِالْعَمَلِ بِجَعْلٍ ثَالِثُهَا: تَلْزَمُ الْمُوَكِّلَ، وبِغَيْرِهِمَا جَائِزَةٌ، وقِيلَ: تَلْزَمُ الْوَكِيلَ كَالْهِبَةِ....

لما ذكر أن وكيل الخصام ليس له عزل نفسه شرع في غيره، وذكر أنها إذا كانت بعوض على وجه الإجارة كانت لازمة لكل واحد منهما بالعقد كسائر الإجارات، ويجب العلم بالعمل؛ لأن الجهالة بالإجارة لا تجوز. وإن كان على وجه الجعالة فثلاثة أقوال، وفهمها من كلامه ظاهر، وهي مبنية على الخلاف في لزوم الجعل وإن كانت بغير عوض، وأما الموكل فلا تلزمه بلا إشكال، وأما الوكيل فذكر أنها جائزة فليس له فسخها، وهو قول مالك وإليه ذهب ابن القصار وغيره من البغداديين. وقيل: يلزمه ذلك لأنه كواهب منفعة، والهبة لازمة بالقول على المعروف.

وظاهر كلام المصنف: أن هذا القول منصوص، وهي طريقة اللخمي، وتعلق بما لمالك في المبسوط فيمن أبضع مع رجل بضاعة يشتري له بها سلعة بعينها فذهب الوكيل فاشترى بها، ثم قال له بعد شرائها: إني لنفسي اشتريتها؛ أنه يقبل قوله ويحلف إن اتهم. وفي ثمانية أبي زيد لابن الماجشون [٥٦٢/ ب] أنها للآمر، إلا أن يكون أشهد حين الشراء أنه اشتراها له. وقال أصبغ: هي للموكل وإن أشهد. ورأى عبد الحق أن الخلاف إنما هو مخرج على الجعالة وعلى الخلاف في الهبة.

ابن عبد السلام: وهي طريقة غير واحد في نقل المذهب. وابن رشد يرى أنه لا خلاف أن للوكيل أن ينحل عن الوكالة متى شاء إلا في وكالة الخصام.

تنبيه: وفهم من كلامه جواز الوكالة في الجعالة على معنى: إن فعلت فلك وإلا فلا، وهو أحد القولين في المدونة وغيرها.

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي الإِذْنِ أَوْ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُوَكِّلِ إلا إِذَا فَاتَ الْمَبِيعُ الْمُخْتَلَفُ فِي ثَمَنِهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ مَا لَمْ يَبِعْ بِمَا يُسْتَنْكَرُ

إذا تنازع الوكيل والموكل؛ بأن يقول الوكيل: وكلتني على بيع السلعة، ويقول ربها: لم أوكلك. فلا شك أن الوكيل مُدَّعٍ. وقوله: (**أَوْ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ**) مثل أن يقول: أمرتني ببيعها، ويقول الآخر: بل برهنها. ويشمل قوله: (**أَوْ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ**) الاختلافَ في قدر الثمن، وفي جنسه، وفي صفته، وفي حلوله وتأجيله، وحكم بأن القول قول الموكل في هذه المسائل؛ لأنه مدعى عليه عمارة ذمته ما لم يبع بما يستنكر فيكون القول أيضاً للآمر. وهذا الفصل متسع في كلام الأشياخ، وبعضها متفق عليه، وبعضُها مختلف فيه، وتركنا ذلك خوف الإطالة، ويشكل كلام المصنف بمسألة المدونة إذا دفع إليه دراهم فاشترى بها تمراً، وقال: بذلك أمرتني. وقلت أنت: ما أمرتك إلا بحنطة. قال فيها: فالمأمور مصدق مع يمينه.

ابن القاسم: لأن الثمن مستهلك كفوات السلعة. نعم قال أصبغ: القول قول الآمر. ولعل المصنف إنما تكلم على غير هذه الصورة وترك هذه لاشتراطها مع الصورة التي ذكر أن القول فيها قول المأمور، وهي ما إذا اختلفا في قدر ثمن المبيع إذا فات.

* * *

الإقرار: وَالصَّبِيُّ، والْمَجْنُونُ، والْمُبَذِّرُ، والْمُفْلِسُ، والْعَبْدُ ، قَدْ تَقَدَّمَ

الإقرار: إخبار المرء عن أمر اختص به في نفسه، وهو مصدر أقر يقر إقراراً؛ أي: اعترف بالحق، وهو راجع إلى شهادته على نفسه.

وله أربعة أركان: المقر، والمقر له، والمقر به، والصيغة.

وبدأ المصنف بالكلام على المقر، وذكر أن إقرار الصبي وما عطف عليه تقدم في باب الحجر.

والْمَرِيضُ لا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ لِمَنْ يُتَّهَمُ عَلَيْهِ مِنْ وَارِثٍ أَوْ أَجْنَبِيٍّ مَخْصُوصَيْنِ

يعني: والمريض لا يقبل إقراره لمن يتهم هو على جذب النفع إليه؛ من وارث أو أجنبي مخصوصين بالاتهام عليهما ، لا كل قريب وأجنبي، وبين ذلك بقوله:

فَالْوَارِثُ كَالْبِنْتِ مَعَ ابْنِ الْعَمِّ وشِبْهِهِ، وبِالْعَكْسِ يُقْبَلُ

لما ذكر أنه إنما يمنع من الإقرار لوارث مخصوص وأجنبي مخصوص أخذ يبين ذلك المخصوص؛ أي: فلا يقبل إقراره لبنته إذا كان له ابن عم يرثه معها؛ لأن النفوس مجبولة على رجحان البنت، وبالعكس يقبل؛ أي: أقر لابن عمه فيقبل لعدم التهمة.

والأَجْنَبِيُّ صَدِيقٌ مُلاطِفٌ، والْمَرِيضُ يُورَثُ كَلالَةً، وقِيلَ: يُقْبَلُ فِي الثُّلُثِ

الواو في قوله: **(والْمَرِيضُ)** للحال. **والكلالة**: الفريضة التي لا ولد فيها ولا والد، ولعل المصنف أراد هنا غير هذا؛ أعني: ما لا ولد فيها لما في وصايا المدونة، وإن أقر لصديق ملاطف؛ جاز إن ورثه ولد ، أو ولد ولد، فإن ورثه أبوان أو زوجة وعصبة ونحوه لم يجز، فأبطل إقراره مع أن في الورثة أبوين، وهذا هو المشهور، والقول بأنه يقبل في الثلث ويبطل ما زاد عليه رواية. وعن ابن عبد الحكم: أن إقراره للصديق الملاطف

لازم وإن كان يورث كلالة. أبو محمد: وهو خلاف قول مالك. وقال أحمد بن عيسى: أما الرجل الصالح الذي يعرف بالدين والصدق ولا يجهل ما في ذلك من الإثم؛ فإقراره لصديقه الملاطف جائز.

وألحق في البيان بالصديق الملاطف القريب غير الوارث، فقال: إقرار الزوجة على أربعة أوجه؛ إما أن يقول لوارث، وإما للقريب غير وارث ، أو صديق ملاطف ، وإما لأجنبي، وإما لمن لا يعرف من هو من هذه الثلاث، فالأول: إذا كان المقر له في القرب بمنزلة من لم يقر له أو أقر ، فلا خلاف أنه لا يجوز. ابن المواز: إذا لم يكن لذلك وجه يدل على صدقه وإن لم يكن قاطعاً ، إلا أن يكون المقر له عاقاً والذي لم يقر له باراً له ، ففي جوازه قولان، وإن كان المقر له أبعد ، فلا خلاف أن إقراره جائز. واختلف إذا كان بعض من لم يقر له أقرب من المقر له وبعضهم بمنزلته، أو كان بعضهم أقرب وبعضهم أبعد منهم على قولين؛ فقيل: إنه يجوز. وقيل: لا يجوز. وأما إن أقر لقريب غير وارث أو صديق ملاطف؛ فالمشهور: أن إقراره جائز إن ورث بولد لا كلالة، وقيل بجوازه مطلقاً وهما قائمان من المدونة. وقيل: إن ورث بولد جاز من رأس المال، وإن ورث بكلالة فمن الثلث.

وأما الأجنبي فلا خلاف أن إقراره جائز ، فإن طلب ولم يوجد تصدق به عنه كاللُّقَطَة، وأما إن أقر لمن لا يعرف؛ فإن كان يورث بولد جاز من رأس المال إن أوصى أن يصدق به عنه أو يوقف لهم، واختلف إن كان كلالة ، فقيل: إن أوصى أن يوقف حتى يأتي طالبه جاز من رأس المال ، وإن أوصى أن يتصدق عنه لم يجز لا من الثلث ولا من رأس المال. وقيل: أنه من الثلث وهو قائم من كتابة المدونة. وقيل: إن كان يسيراً فمن رأس المال ، وإن كان كثيراً لم يجز مطلقاً. قال: وفي إقرار الزوج لزوجته بدين في المريض تفصيل.

وحاصله: أنه لا يخلو من ثلاثة أحوال؛ **أحدها**: أن يعلم منه ميل إليها. **والثاني**: أن يعلم منه البغض لها. **والثالث**: أن يجهل ذلك.

فإن علم الميل لم يجز إقراره إلا أن يجيزه الورثة، وإن علم منه البغض لها فإقراره لها جائز على الورثة ، فإن جهل فوجهان؛ إن وكل كلالة [٥٦٣/ أ] فلا يجوز إقراره لها، وإن ورث بولد فالولد لا يخلو أن يكونوا ذكوراً أو إناثاً ، صغاراً أو كباراً ، واحداً أو عدداً منها أو من غيرها. فإن كان الولد أنثى يرثنه مع العصبة ، سواء كن واحدة أو عدداً، صغاراً أو كباراً من غيرها أو كباراً منها.

فيتخرج ذلك عندي على قولين؛ **أحدهما**: أن إقراره لها جائز. **والثاني**: لا يجوز من اختلافهم في إقراره لبعض العصبة إذا ترك بنتاً وعصبة ، فإن كن صغاراً منها لم يجز إقراره لها اتفاقاً ، وأما إن كان الولد ذكوراً وكان واحداً؛ فإقراره لها جائز ، فإن كان الولد عدداً فإقراره جائز ، إلا أن يكون بعضهم صغيراً منها وبعضهم كبيراً منها أو من غيرها فلا يجوز إقراره لها ، وإن كان الولد الكبير في الموضع الذي يرفع التهمة عن الأب في إقراره لزوجته عاقاً؛ لم ترتفع عنه التهمة وبطل على ما في سماع أصبغ من العتبية وإحدى الروايتين في المدونة ، وإن كان بعضهم عاقاً وبعضهم باراً به خرج ذلك على ما ذكرته من الاختلاف في إقراره لبعض العصبة إذا ترك ابنة وعصبة، وكذلك الحكم سواء في إقرار الزوجة لزوجها ، ولا فرق أيضاً بين أن يقر أحدهما لصاحبه بدين ، أو بأنه قبض ما له عليه من دين.

الْمُقَرُّ لَهُ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ عَبْداً أَوْ حَمْلاً

أي: يشترط فيه أن يكون أهلاً للاستحقاق، فلو قال: لهذا الحجر أو الفرس عليَّ ألف؛ بطل. وصح الإقرار للعبد أو الحمل؛ لأنهما أهلان لذلك.

وَلَوْ قَالَ: لِحَمْلِ فُلانَةٍ عَلَيَّ أَلْفٌ لَزِمَهُ؛ أَطْلَقَ أَوْ قَيَّدَ إِنْ وَضَعَتْهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَقَلَّ مِنَ الإِقْرَارِ...

يعني بـ(**أَطْلَقَ**) أن يقول: لحمل فلانة عليَّ ألف، وبالتقييد أن يقول من هبة أو صدقة، ولا إشكال إن قيد ذلك بوجه يصح للجنين كما ذكرنا، وأما إن قال: أقرضنيها ، فقال سحنون: يلزمه أيضاً ويعد ذلك منه ندماً. وقال ابن عبد الحكم: إذا قال من كراء هذا الجنان والفدان، وخرج عدم اللزوم إذا أطلق ما في الموازية في القائل لك: عليَّ مائة أو على فلان؛ فلا يلزمه لعدم تحقق عمارة الذمة.

محمد: إلا أن يقول: عليَّ أو على ابن شهر؛ فتلزمه لكون ابن شهر لا يصح أن يملك ولا أن يكتسب. فإذا رأى محمد أن التردد بين الرجلين يبطل الإقرار ، وأن التردد بينه وبين صبي بخلاف ذلك، وأنه كالقائل: لفلان على العبد درهم، أو عند هذا الحجر؛ دل على أن محمداً يبطل الإقرار لابن شهر، وإذا بطل لابن شهر فالحمل أولى، وفي هذا التخريج نظر؛ لأن محمداً إنما صحح هذا الإقرار في قوله: لك عليَّ أو على ابن شهر، لأنه إقرار على ابن شهر ، وابن شهر يبعد في العادة أن يكون عليه ألف، بخلاف الإقرار فإنه يصح أن يملك ولا يمكن أن يخالف فيه.

وخرج بعضهم أيضاً البطلان في التقييد بما لا يصح أن يصدر من الحمل من أحد القولين ، فيمن علق طلاق امرأته على مشيئة الحجر؛ إذ لا يلزمه ، ولا يعد ذلك ندماً؛ لأن الحجر لا يقبل المشيئة أصلاً بخلاف الطفل.

وقوله: (**إِنْ وضَعَتْهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ**) هو شرط في لزوم الإقرار للحمل؛ لأنه حينئذ تبين أنه كان موجوداً، ولهذا قال:

وَإِنْ وضَعَتْهُ لأَكْثَرَ وهِيَ تُوطَأُ لَمْ يَلْزَمْهُ، وإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَوْطُوءَةٍ لَزِمَ لأَرْبَعِ سِنِينَ

ولو قال: فإن وضعته لستة، لكان أحسن؛ لأن حكمها حكم الأكثر في اللعان وغيره، فإنما لم يلزمه إذا كانت موطوءة؛ لاحتمال أن تكون إنما حملت بعد الإقرار، وأما إن لم تكن موطوءة، فإنه يلزم لأربع سنين، هكذا في كتاب ابن سحنون، ولعل المصنف اقتصر على الأربع لكونها المنصوصة، وإلا فالجاري على المشهور كما قدمه خمس، ولو قال: لدون أقصى أمد الحمل لأجاد لشموله، وفهم من كلامه أنها لو وضعته لأكثر من مدة الحمل أنه لا يكون للمولود شيء، ولا شك في ذلك.

ولَوْ وضَعَتْ تَوْأَمَيْنِ فَلَهُمَا، أَوْ لِلْحَيِّ مِنْهُمَا

تصوره واضح ولم يكن للميت شيء؛ لأنه لا يصح تملكه ، وهذا إذا وضعته ميتاً، وأما إن وضعته حياً ثم مات فلورثته، وقوله: (**فَلَهُمَا**) أي: على التسوية، ولا إشكال في هذا إن وضعته ذكرين أو أنثيين، وأما إن وضعته ذكراً وأنثى، فإن أقر بوجه لا يقتضي تفضيل الذكر على الأنثى فكذلك، وأما لو قال: لحمل فلانة عندي ألف من دين أبيه؛ فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، قاله ابن سحنون وقاله ابن عبد الحكم ، إذا قال: هذه الدار لحمل فلانة ملكاً عن أخ شقيق، وإن كانت المرأة زوجته فلها الثمن من ذلك، وإن قال: عن أخ لأم فهو بينهما نصفان ، والثالث يقسم المال على ثلاثة فيأخذ كل واحد منهما جزءاً من الجزء الثالث؛ يدعي الذكر كله وتدعي الأنثى نصفه، فقد سلمت نصفه للذكر يأخذه ويبقى نصفه ويقسم بينهما لتداعيهما فيه ، فيكون للذكر سبعة من اثني عشر وللأنثى خمسة، قال: وبالأول أقول، قال: وإن قال هو ميراث لهما عن بعض قرابتهما؛ كان بينهما نصفين إن مات المقر ، ويصح عندنا الإقرار للمجنون كالحمل بل هو أولى.

ولو أَكْذَبَ الْمُقَرُّ لَهُ لَبَطَلَ، ولا رُجُوعَ لَهُ إلا بإِقْرَارٍ ثَانٍ

يعني: أن من شرط إعمال الإقرار أن يصدقه المقر له؛ إذ لا يدخل ملك المقر في ملك أحد جبراً ما عدا الميراث، ونظيرتها المسألة التي قدمها المصنف في باب النكاح. قال، لو قال: تزوجتك فأنكرت، ثم قالت: نعم فأنكر؛ فليس بإقرار ، لأن من شرط صحة الإقرار أن يتفق المقر والمقر له في تصديق كل واحد منهما صاحبه في وقت واحد.

الْمُقَرُّ بِهِ يَصِحُّ بِالْمَجْهُولِ

كما لو قال: عندي شيء، فيقبل تفسيره كما سيأتي.

ومَنْ أَقَرَّ أَوْ شَهِدَ بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، فَثَالِثُهَا: إِنْ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ بِجُرْحَةٍ لَمْ يُعْتَقْ.

اعلم أنه يشترط في إعمال الإقرار أن يكون المَقَرُّ به في يد المقر، ولذلك لو أقر بعبد في يد زيد أنه لعمرو لم يقبل إقراره على من هو في [٥٦٣/ ب] يده ، وعطف المصنف الشهادة على الإقرار؛ لأن الشهادة إنما تكون عند الحاكم.

وقوله: (**ثُمَّ اشْتَرَاهُ**) لا يريد خصوصية الشراء، بل وكذلك لو ملكه بأي وجه كان؛ كهبة، أو صدقة، أو إرث، وحكى ثلاثة أقوال، القول الثالث لا يتأتى في مسألة الإقرار، والقول بعتقه عليه في القضاء والفتيا هو المشهور؛ لأنه معترف بكلامه أنه لا يقبل الملك، والقول بعدم عتقه لأشهب وعبد الملك؛ لأن إقراره على ملك غيره باطل. أشهب: بشرط أن يحلف ، وأما إن نكل فإنه يعتق عليه.

ابن عبد السلام: وعلى هذا فيشترط ألا يتمادى على قوله الأول، وأما إن تمادى عليه فيعتق. الثالث للمغيرة خاص بمسألة الشهادة: إن ردت شهادة الشاهد بجرحة لم يعتق عليه ، وإن ردت لغير ذلك؛ لأنه انفرد بها شهد عتق عليه ، لأن الشهادة كلما ردت بجرحة

بطلت فلم يؤثر في العتق، يريد: بشرط ألا يتمادى على إقراره. وحكى **ابن عبد السلام** في باب الأقضية قوله: بأنه لا يعتق ولو تمادى على إقراره.

فرعان؛ أولهما لابن القاسم في العتبية: فيمن أخبر عن رجل أنه أعتق عبده، فإن أخبر أنه علم ذلك منه وسمعه أعتقه ، ليس بخبر غيره رأيت أن يعتق عليه، قال في البيان: وهو تفسير المدونة. **الثاني**: إذا فرعنا على المشهور فولاؤه عند ابن القاسم للذي أخبر عنه أنه أعتقه، وقال أشهب والمغيرة: للذي عتق عليه.

الصِّيغَةُ: لَكَ عَلَيَّ ، أَوْ عِنْدِي، أَوْ أَخَذْتُ مِنْكَ

هذا ظاهر، واعلم أن الإمام قل أن يوجد له نص في مسائل الإقرار، فلذلك تجد أكثر مسائله مشكلة كما سيظهر لك.

وَمِثْلُهُ: وهَبْتَهُ لِي، أَوْ بِعْتَهُ مِنِّي

يعني: أن الألفاظ الأولى تجري مجرى الصريح ، وهذه تدل على ثبوت الحق لزوماً، فقوله: **(وَمِثْلُهُ)** في ثبوت الحق. **(وهَبْتَهُ لِي)** لأنه أقر له بالملك وادعى عليه، نعم يحلف للمقر له أنه لم يبع بالاتفاق، وفي توجيه اليمين عليه أنه لم يبع قولان.

ولَوْ قَالَ: لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ، فَقَالَ: سَاهِلْنِي فِيهَا وشِبْهِهِ فَإِقْرَارٌ

هكذا قال ابن عبد الحكم، وكذلك عنده إذا قال: انتزعتها مني، ولو قال: والله لأقضيَنَّكها اليوم، أو قال: لا أعطيكها، وقال: لا إنها لك. وقال: لا تأخذ اليوم مني فإقرار.

وحَتَّى يَأْتِيَ وَكِيلِي وشِبْهُهُ ، قَوْلانِ.

اللزوم لابن سحنون، ومقابله لابن عبد الحكم.

ابن سحنون: ولو قال حتى يدخل علي من فائدة أو ربح، أو حتى يقدم مالي أو غلامي، أو حتى يأتي وكيلي ، أو يقضي غريمي؛ فهو إقرار. وقال ابن عبد الحكم: اتزن أو اجلس ، فانتقد أو زن لنفسك ، أو حتى يأتي وكيلي يزن لك؛ فليس بإقرار ، حلف كما قال: حتى يأتي وكيلي أو غلامي الذي فكها منك؛ فهو إقرار منه أن الوكيل أو الغلام قبضها وليس بإقرار منه أنها عليه، وقد يقول: حتى يأتي وكيلي أو غلامي فاسأله، ومنشأ الخلاف هل ذلك وعد بالقضاء أو كالاستهزاء.

ابن عبد السلام: والأظهر من جهة اللغة قول ابن عبد الحكم، ومن جهة العرف قول سحنون.

وَلَوْ قَالَ: مِنْ أَيِّ ضَرْبٍ تَأْخُذُهَا، مَا أَبْعَدَكَ مِنْهَا وشِبْهَهُ؛ لَمْ يَلْزَمْهُ

لأن كلامه ظاهر في الاستهزاء. **ابن عبد السلام**: وكذلك إذا أجاب بقوله: ما أبعدك منها وحده.

وَلَوْ قَالَ: أَلَيْسَ لِي عِنْدَكَ أَلْفٌ، فَقَالَ: بَلَى أَوْ نَعَمْ لَزِمَهُ

فإن كلامه في (**بَلَى**) ظاهر؛ لأنها توجب النفي. وأما (**نَعَمْ**) فإنما ألزم بها قضاء على عرف الناس ، وإما على مقتضى اللغة على المذهب الصحيح؛ لأنها تقرن ما قبلها من النفي أو غيره، ولهذا قال ابن عباس -رضي الله عنه- في قوله تعالى: ﴿ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُواْ بَلَىٰ ﴾ [الأعراف:١٧٢] لو قالوا: نعم لكفروا؛ أي: لأنهم قالوا لسْتَ بربنا، وينبغي إذا صدر نعم من عارف باللغة ألا يلزمه شيء، ولبعض النحويين أن (**نَعَمْ**) كـ(**بَلَى**)، قال في كتاب ابن سحنون، ومن قال لرجل: أليس قد أقرضتني أمس ألف درهم ، فقال الطالب: بلى أو نعم، فجحد المقر بالمال يلزمه، ولو قال: أما أقرضتني، أو قال: ألم تقرضني، فهو سواء يلزمه إذا ادعى الطالب المال، وهذا نحو ما ذكره المصنف، لكن قال ابن عبد الحكم: يحلف المقر ولا يلزمه شيء ، وإنما سأله لاستفهام ما عنده من العلم، فليس قوله: أليس بإقرار، وكذلك قوله: ألم تقرضني كذا؟

خليل: وهذا موافق لقول أكثر النحويين ، فإن ابن عبد الحكم ساوى بين الجواب ببلى ونعم، وحمل الكلام على الاستفهام كما ذكر لا على أنه أقر ، حتى ينظر في جواب المقر هل وافق على ذلك الإقرار، أم لا.

ابن عبد الحكم، وابن المواز: وأما إن قال: لا أوفيك العشرة الدراهم التي لك عليَّ ، فقال: لا؛ فهو إقرار ويغرم العشرة. قال: وإنما استفهم ذلك الإقرار في القضاء.

الْمُجْمَلَةُ: لَهُ عَلَيَّ شَيْءٌ فَيُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ وإِنْ قَلَّ

لأن شيئاً أنكر النكرات فيصح أن يفسر بكل شيء، وإن خالفه المقر له حلف على رد دعواه. وفي كتاب ابن سحنون: فيمن أقر أنه غصب فلاناً شيئا ولم يبينه، ثم قال: هو كذا، وقال الطالب: هو كذا ولم يقل شيئا؛ القول قول الغاصب فيما ذكر مع يمينه ، وإن ادعى الطالب غيره؛ فإن نكل الغاصب فالقول قول الطالب مع يمينه، فإن أبى المقر أن يسمي شيئا جبر أن يسمي ما أقر به، وإلا سجن حتى يذكر شيئاً وإن طال قوله، وقيل: هكذا وقع في بعض النسخ وهو صحيح؛ لأن هذا منسوب لابن الماجشون، وفي بعضها ، وقالوا: ولعل ذلك من المصنف إشارة إلى تخريج الخلاف في كل من المسألتين، والفرق بينهما؛ أن عرف الناس في قولهم: له عندي مائة وشيء أنها مائة كاملة، بخلاف ما إذا أقر بشيء مفرداً.

ابن شاس -بعد أن ذكر كلاماً عن ابن الماجشون-: ولو قال: مائة وشيء؛ اقتصر على المائة ، لأن الشيء الزائد لا يمكن رده إلى [٥٦٤/ أ] تقدير ، كرد الشيء المستثنى فيبطل؛ إذ هو شيء لا مخرج له.

ابن راشد: وحكى غيره عن ابن الماجشون أنه قال: إذا أقر في مرضه بعشرة دنانير وشيء ثم مات ولم يُسأَلْ؛ أن الشيء يسقط لأنه مجهول ويلزم ما سمى، وكذلك لو شهدت بينة

بذلك على رجل ولم يعرف كم الشيء؛ فيسقط الشيء ويثبت العدد. فقوله: ثم مات ولم يُسأَل. يقتضي أنه لو عاش سئل، ومقتضى ما حكاه ابن شاس أنه لا يُسْأَل. انتهى.

وَلَهُ فِي هَذِهِ الدَّارِ أَوِ الأَرْضِ أَوِ الْحَائِطِ حَقٌّ وفَسَّرَهُ بِجِذْعٍ أَوْ بَابٍ مُرَكَّبٍ، فَثَالِثُهَا: الْفَرْقُ بَيْنَ مِنْ وفِي ....

القولان الأولان لسحنون، فإنه يقول أولاً يقبل ذلك منه، ثم رجع إلى أنه لا يقبل، والثالث لابن عبد الحكم: إن قال (مِنْ) لم يقبل منه ما ذكر، ورأى أن (مِنْ) للتبعيض، ورأى كونها لابتداء الغاية أو غير ذلك بعيد، أو إن قال: (فِي) قبل منه ذلك؛ لأنها تقتضي الظرفية، فظاهره أن الحق في الدار لا من الدار، وظاهر ما في النوادر أن الخلاف إنما هو في (فِي)، وأما (مَنْ) فلا يقبل منه إلا أن يقر بشيء من رقبة الدار، وقاله ابن رشد، وأما إن لم يقيد بالدار بل قال: لك عليَّ حق، فهو مثل قوله: لك عليَّ شيء، فلو فسره بأن قال: أردت حق الإسلام؛ ففي كتاب ابن سحنون: لا يصدق. ولا بد أن يقر بشيء له ويحلف على نفي دعوى الطالب إن ادعى أكثر منه، قال: وكان سحنون ينظر فيه على نحو ما ينزل مما يتكلمان فيه، وإن كانا تنازعا في ذلك المال أخذناه بذلك، وإن تنازعا فيما يجب لبعض على بعض من حق وحرمة لم يؤخذ هذا المال.

وَلَهُ عَلَيَّ مَالٌ. قِيلَ: نِصَابٌ. وقِيلَ: رُبُعُ دِينَارٍ، أو ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ، وَقُبِلَ تَفْسِيرُهُ

الأول هو المشهور في المذهب وهو منسوب لابن وهب، وقوله: (نِصَابٌ) أي: عشرين ديناراً من الذهب ومائتا درهم من الورق، ومثله لابن المواز فيمن أوصى أن لفلان عنده مالاً. والقول الثاني لابن القصار، وذكر أنه لا نص لمالك في ذلك، وأن ذلك هو الذي يوجبه النظر عنده على مذهب مالك. والقول الثالث في كتاب ابن سحنون وهو اختيار الأبهري.

ومَالٌ عَظِيمٌ كَذَلِكَ. وقِيلَ: مَا زَادَ عَلَى النِّصَابِ. وقِيلَ: قَدْرُ الدِّيَةِ

قال الأبهري، إذا قال له: علي مال عظيم أو نفيس؛ فهو مثل قوله: عليَّ مال، فيقبل تفسيره. وقال غيره: يلزمه ثلاثة دراهم أو ربع دينار. وقال ابن القصار: الذي يقوى في نفسي أنه يلزمه مائتا درهم إن كان من أهل الورق، وقاله سحنون وغيره، وهذا معنى قوله: (**ومَالٌ عَظِيمٌ كَذَلِكَ**).

وقوله: (**وقِيلَ: مَا زَادَ عَلَى النِّصَابِ. وقِيلَ: قَدْرُ الدِّيَةِ**) أي: هذان القولان زائدان على الثلاثة المتقدمة في المسألة السابقة، وفي عد المصنف لهما قولين نظرٌ؛ لأن ابن شاس وغيره ذكروا أن عبد الوهاب رأى أنهما وجهان تحتملهما المسألة فقط ، على أن هذا كله استحسان.

ولَهُ كَذَا مِثْلُ شَيْءٍ

أي: فيقبل تفسيره، وقد تقدم أن (شيئاً) أنكر النكرات عند النحويين فيكون أنكر من كذا.

ابن عبد السلام: وهو ظاهر كلام الفقهاء فـ(شيء) يقبل التفسير بأجزاء المتملكات ، وكذا لا يفسر بالأجزاء وإنما يفسر بالواحد الكامل.

فَأَمَّا كَذَا دِرْهَماً فَعِشْرُونَ

لأنه إنما يميز بالواحد المنصوب من العشرين إلى التسعين، فأثبت المحقق وألغى المشكوك؛ لأن الأصل براءة الذمة ، لكن يحلف عليه إن ادعى المقر له أكثر.

وكَذَا كَذَا دِرْهَماً أَحَدَ عَشَرَ

لأنه كناية عن المركب ، وهو من أحد عشر إلى تسعة عشر.

وكذا وكذا أحدٌ وعشرون

لأن المعطوف في العدد غير المركب من أحد وعشرين إلى تسع وتسعين، وعلى هذا لو قال: كذا درهم؛ للزمه مائة ، لأنها أول عده يضاف إلى المركب، ولو قال: كذا دراهم لزمته ثلاثة، وما ذكره المصنف هو قول ابن عبد الحكم ، وهو جار على مقتضى اللغة ، وينبغي هنا أن يرجع إلى العرف ولهذا قال:

وقَالَ سُحْنُونٌ: مَا أَعْرِفُ هَذَا ، ويُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ، ولَهُ خَمْسُونَ ونَيِّفٌ فَقِيلَ فَتَفْسِيرُهُ. وقِيلَ: ثَلاثَةٌ، وقِيلَ: ثُلُثُ الأَوَّلِ....

تفسيره: يقبل تبيينه ولو بجزء من واحد، وهو قول ابن شعبان، والقولان الآخران حكاهما في النوادر ولم يعزهما.

ابن عبد السلام: إن أقربهما إلى اللغة الثاني.

الجوهري: النيف الزيادة يخفف ويشدد وأصله من النواف، يقال: عشرة ونيف ، ومائة ونيف ، وكلما زاد على العقد فهو نيف حتى يبلغ العقد الثاني، قال: وهذا يدل على فساد القول الثالث؛ لأن ثلث الخمسين يزيد على الستين.

ابن عبد السلام: وقد يقال هذا إنما يرجع إلى الأول؛ لأنه إنما قال: النيف لمطلق الزيادة لا يقيد كونها ثلاثة، وينبغي أن يعول على العرف إن كان وإلا فعلى اللغة.

وفِي أَلْفٍ ودِرْهَمٍ وشِبْهِهِ ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ مِثْلَ أَلْفٍ ووَصِيفٍ قَبْلَ تَفْسِيرِهِ، وإِلا فَمَعْطُوفُهَا....

يعني: اختلف إذا ذكر عدداً مبهماً ثم عطف عليه عدداً مفسراً، هل يكون المعطوف مفسراً للمعطوف عليه أولاً فيقبل تفسيره في المعطوف عليه، أو يفرق؟ فإن كان المعطوف جرت العادة بالتعامل به كالدرهم والفلس والبيضة والجوزة؛ كان مفسراً للمعطوف

عليه أولاً كوصيف وكتاب، فيقبل تفسيره مطلقاً لابن القصار، ولا أعلم صاحب مقابله، وفيه إشكال في مثل ألف ووصيف، والثالث في كتاب ابن سحنون.

وَالْوَصِيَّةُ بِجُلِّ الْمائةِ وقُرْبِهَا ونَحْوِهَا. قِيلَ: الثُّلُثَانِ فَمَا فَوْقَهُ بِاجْتِهَادِ الْحَاكِمِ. وقِيلَ: الثُّلُثَانِ. وقِيلَ: خَمْسُونَ.

الأول نقل سحنون أن عليه أكثر الأصحاب. قال، وقال بعضهم: يلزمه ثلثا المائة، وقال آخرون: يلزمه النصف وشيء، وذلك أحد وخمسون وفيه بعد؛ إذ لا يستعمل في العرف جل المائة وقربها ونحوها في أحد وخمسين.

وقَالُوا فِي مِائَةٍ إلا قَلِيلاً، وإِلا شَيْئاً كَذَلِكَ

أي: قال القائلون [٥٦٤/ ب] الثلاثة في المسألة السابقة هنا كذلك، وكذلك النقل، ويحتمل عدها على أهل المذهب، وهذه المسألة نص عليها سحنون في الوصية وجعلها مع الأولى مسألة واحدة، فإن قيل: فلم قال المصنف قالوا ومن عادته ألا يفعل ذلك إلا للإشكال؟ قيل: لأنه رآها بخلاف ما بعدها، وهو قوله:

وَقَالُوا: لَوْ أَقَرَّ بِمائَةٍ إِلا شَيْئاً لَزِمَهُ أَحَدٌ وتِسْعُونَ، وفِي عَشَرَةِ آلافٍ إِلا شَيْئاً تِسْعَةُ آلافٍ ومِائَةٌ....

ولعله أشار إلى تخريج الأقوال السابقة، وتخريج هذا القول في المسألة السابقة، ويحتمل أن يكون أشار إلى ضعف ما أشار إليه ابن شاس وغيره؛ لأنهم أتوا بالمسألتين السابقتين في باب الإقرار، فيفهم من ذلك أنهم رأوا أن باب الإقرار مساو لباب الوصية، وإلا لما أتوا بالمسألتين في باب الإقرار. أشار المصنف إلى ضعف هذا وأنه لا ينبغي أن يخرج من أحدهما في الأخرى؛ لأنهم قضوا في الوصية بمائة إلا شيئاً على حكم آخر، وفي هذا بعد، وفي قوله: (**وَقَالُوا: لَوْ أَقَرَّ...إلخ**) نظر؛ لأن كلامه يقتضي أن أهل المذهب كلهم أو أكثرهم قالوا هذا، إنما هو لابن الماجشون.

ابن عبد السلام: ولا نعلمه لغيره، وهو مبني على مذهبه أنه لا يجوز استثناء الصحيح من العدد، وإنما يجوز استثناء الكسر، فلا تجوز عنده: له عليَّ عشرة إلا درهم. وإنما يجوز إلا نصف درهم وشبهه، ولا يجوز مائة إلا عشرة؛ لأن العشرة آحاد المائة، فلذلك لزمه أحد وتسعون اكتفاء بمطلق القلة عن عشرة، وكذلك لا يجوز عنده عشرة آلاف إلا ألف؛ لأن نسبة الألف إلى العشرة كنسبة العشرة إلى المائة، ولذلك لزمه تسعة آلاف ومائة.

وَدِرْهَمٍ عَلَى التعَامَلِ بِهِ عُرْفاً ولَوْ مَغْشُوشَةً، وَإِلا فَزِنَةُ سَبْعَةِ أَعْشَارِ دِينَارٍ مِنَ الْفِضَّةِ

وإن لم يكن عرفٌ فيحمل على الدرهم الشرعي، وهو معنى قوله: (**فَزِنَةُ سَبْعَةِ أَعْشَارِ دِينَارٍ**) أي: على ما تقدم في باب الزكاة، وينبغي إن كان في البلد دراهم مختلفة الوزن والجودة أن يحمل كلام المقر على أقلها وزناً وصفةً، فإن خالفه المقر له حلف كما تقدم، وينبغي أن يقيد ما ذكره من إلزامه الدرهم الشرعي إذا لم يكن عرف بها إذا كان تكلم بمتعدد فالدرهم الشرعي.

فَلَوْ فَسَّرَ مُتَّصِلاً قُبِلَ

أي: إذا قال متصلاً ناقصاً أو مغشوشاً قبل ذلك منه، ولا يقبل إذا كان غير متصل، وهكذا قال ابن المواز، وهو صحيح إن فسرها بما يقبله الكلام على بعد، وأما إن قال: درهم رصاص وشبهه لم يقبل، وصرح في الجواهر بأنه لا يقبل تفسيره في الفلوس؛ أي: سواء كان متصلاً أم لا.

ابن عبد السلام: ولعل مراد المؤلف أن المقر لم يبين الوجه الذي تعلقت به الدراهم في الذمة، وأما لو أقر بأنها تقررت من بيع وخالف في ذلك المقر له؛ لرجع الحكم فيها إلى ما تقدم من اختلاف المتبايعين، ولو قال: من قرض. فإن أقر بما يقرضه الناس غالباً قبل منه، وإن أقر بما لا يقرضه الناس غالباً، فقال سحنون: اختلف أصحابنا فيمن أقر بفلوس،

وقيدها بأنها الفلوس الكاسدة وأنها من قرض. قال بعضهم: يقبل. وقال بعضهم: لا يقبل. ولو وصل إقراره بقوله أنها وديعة، ثم ذكر بعد ذلك أنها زيوف أو بهارج لقبل ذلك منه، بخلاف أن لو كان ذلك من غصب أو قرض، وذكر ابن عبد الحكم فيمن أقر بدراهم وديعة ثم قال: هي مغشوشة. فإنه اختلف قول ابن القاسم هل يقبل ذلك منه، أم لا.

وَدَرَاهِمُ كَثِيرَةٌ. قِيلَ: أَرْبَعَةٌ. وَقِيلَ: تِسْعَةٌ. وقِيلَ: مِائَتَانِ

الأول لابن عبد الحكم، **ووجهه**: أنه قال دراهم، فلزمه ثلاثة حملاً على أقل الجمع؛ لأن الأصل براءة الذمة مما زاد فزيد لأجل الكثرة درهم؛ لأن ما زاد على ذلك مشكوك فيه، ويفهم من هذا أن ابن عبد الحكم يوافق مالكاً في لزوم ثلاثة في قوله: عندي دراهم. ومخالف لابن الماجشون في قوله أنه لا يلزمه إلا درهمان، بناءً على أن أقل الجمع اثنان. قوله: (**وَقِيلَ: تِسْعَةٌ**) لأن ذلك تضعيف لأقل الجمع ثلاث مرات. وقيل: مائتان؛ لأنها نصاب الزكاة، وفي هذين ضعف.

ابن راشد: وقيل: يلزمه خمسة؛ لأن الأعداد منها قليل وكثير، ولا قليل ولا كثير، والقليل ثلاثة، ولا قليلاً ولا كثيراً أربعة. وقال عبد الوهاب في المعونة: تلزمه ثلاثة لأنه أقل الجمع، وهي كثيرة بالنسبة إلى الاثنين.

ولا قَلِيلَةٌ ولا كَثِيرَةٌ أَرْبَعَةٌ

هكذا نص عليه ابن عبد الحكم، ولعله كالمخالف لقوله في التي قبلها، وهذا كله استحسان.

وَمِنْ وَاحِدٍ إِلَى عَشْرَةٍ. قِيلَ: تِسْعَةٌ. وَقِيلَ: عَشْرَةٌ

لا شك في دخول الدرهم الأول، فالقولان في الدرهم العاشر مبنيان على أن ما بعد (إِلَى) هل يدخل أم لا؟ وقد اختلف أهل اللغة في ذلك، ولذلك اختلف الفقهاء في المرفقين وغيرهما.

ومَا بَيْنَ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ. قَالَ سُحْنُونٌ: عَشَرَةٌ مَرَّةً، وتِسْعَةٌ مَرَّةً، وثَمَانِيَةٌ مَرَّةً

حقيقة الكلام تمنع الدرهم الأول من الدخول، وقولان في الدرهم العاشر كالقولين في الفرع السابق، ويرى من ألزمه الدرهم الأول أن العرف يقتضي ذلك.

وعَشَرَةٌ فِي عَشَرَةٍ. قِيلَ: عِشْرُونَ، وقِيلَ: مِائَةٌ

الأول أقرب إلى عرف العامة، **والثاني** لسحنون وهو الجاري على اصطلاح الحساب، ولو فرق بين أهل الحساب وغيرهم لكان حسناً.

بِخِلافِ عَشَرَةٍ دَرَاهِمَ فِي عَشَرَةِ دَنَانِيرَ، وبِخِلافِ عَشَرَةٍ بِعَشَرَةٍ فَإِنَّهَا عَشَرَةٌ فِيهِمَا

لأن ضرب الحساب هنا لا يتأتى؛ لاختلاف الجنس، فيكون المعنى: له عندي عشرة دراهم ووعاؤها عشرة دنانير.

ابن عبد السلام: وهذا هو الذي يعطيه كلام المؤلف لتعقبه بالكلام على الوعاء.

وثوبٍ فِي صُنْدُوقٍ أَوْ فِي مِنْدِيلٍ، فِي لُزُومِ ظَرْفِهِ قَوْلانِ

يعني: إذا قال له عندي ثوب في صندوق أو في منديل ونحو ذلك، فلا خلاف في لزوم الثوب، واختلف في الظرف، فقال سحنون عن [٥٦٥/ أ] أبيه فيمن قال: غصبت فلاناً ثوباً في منديل، يأخذه بثوب ومنديل ويكون مصدقاً في صفتهما، وكذلك عشرة أثواب في عيبة. وقال ابن عبد الحكم: لا يلزمه المنديل ولا العيبة.

قال في النوادر، ولو قال: غصبتك ثوباً في ثوب لزمه ثوبان، وكذلك عشرة في ثوب لزمه أحد عشر، بخلاف ثوب في عشرة، فإن العرف أن الثوب يكون وعاء لمثله ويكون وعاء العشرة، ولا يكون الثوب في عشرة أثواب. قال: وفي المسألة قولان -أي: في ثوب في عشرة أثواب- **أحدهما**: لا يلزمه إلا ثوب. **والثاني**: يلزمه أحد عشر. انتهى بمعناه.

بِخِلَافِ زَيْتٍ فِي جَرَّةٍ

ظاهره أنه يتفق هنا على لزوم الجرة، والفرق بينه وبين الأول؛ أن الزيت يفتقر إلى الجرة، بخلاف ما تقدم وليس كذلك، فإنه حكى في النوادر الاختلاف هنا عمن حكى عنه الخلاف في المسألة السابقة.

وجُبَّةٍ بِطَانَتُهَا لِي، وخَاتَمِ فِضَّةٍ لِي نَسَقاً يُقْبَلُ

هذا إذا كان إقراره مجرداً عن الغصب، وأما إن قال: غصبته هذا الخاتم وفصه لي. فقال أشهب، وابن سحنون: هذا مثل الإقرار المجرد. وقال ابن عبد الحكم: الفص للمقر له، ولو قال: لا أعلم، لحلف ما علم ذلك وكان له الفص.

واحترز بقوله: (**نَسَقاً**) مما إن ذكر ذلك بعد مهلة فإنه لم يسمع منه، وحكى ابن المواز عن ابن عبد الحكم ووافقه في القائل في باب: هذه خشب، هذا الباب لفلان ومساميره لي، أو خشبه لي ومساميره لفلان، فهو كما قال ويكونان شريكين بمقدار المسامير من الخشب.

ابن المواز: وإن قال: هذا الباب لفلان ومساميره لي. فقال أشهب: هو كما قال، وكأنه عندنا ليس باستثناء من ابن عبد الحكم، وأنا أرى أن الباب كله للمقر له وليس باستثناء.

وَلَوْ أَشْهَدَ فِي ذِكْرٍ بِمِائَةٍ، وفِي آخَرَ بِمِائَةٍ فَآخِرُ قَوْلَيْهِ مِائَةٌ

يعني: إذا أقر على نفسه في وثيقة، وهي معنى قوله (**فِي ذِكْرٍ**) أن لفلان عليَّ مائة ولم يذكر سببها، ثم أشهد في وثيقة أخرى بمائة، فآخر قولي مالك: إنما تلزمه مائة؛ لاحتمال أن تكون المائة الأولى من الثانية، ويحلف المقر على ذلك. ورأى في القول الآخر أن الغالب أنه إنما أشهد في الذكر الآخر بحق آخر.

سحنون: واتفق الأصحاب جميعاً أنه إذا أقر له بمائة بعد المائة فلا يلزمه إلا بمائة؛ أي: بخلاف الإشهاد أما لو ذكر السبب وكان السببان مختلفين؛ لزمه مائتان بلا إشكال.

ابن عبد السلام: وكذلك عندي إذا كان الإقرار مجرداً، غير أن إحدى المائتين حالة والأخرى مؤجلة وتاريخها بعد تاريخ الأولى.

وبِمِائَةٍ وبِمائَتَيْنِ فِي مَوْطِنَيْنِ، ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ الأَكْثَرُ أَوَّلاً لَزِمَتْ ثَلاثُمِائَةٍ

يعني: إذا أقر بمائة في موطن ثم أقر بمائتين أو تقدم الإقرار بالمائتين، فقال محمد: يلزمه ثلاثمائة نظراً إلى اختلاف المالين. وقال ابن سحنون: اضطرب قول مالك في هذا، وآخر قوليه أن يحلف المقر ما ذاك إلا مال واحد، ثم لا يلزمه إلا مائتان، وبه أخذ ابن عبد الحكم وابن سحنون، ونقل ابن حبيب عن أصبغ التفرقة، فإن أقر بالأقل أولاً صدق المقر؛ لأن الأقل دخل في الأكثر، وإن أقر بالأكثر فهما مالان؛ عادة الناس إذا تقدم الأقل ثم زادوا عليه أن يجمعوه مع الأقل، بخلاف ما إذا تقدم الأكثر، ولهذه المسألة والتي قبلها شبه بتكرر الوصية.

تَعَقُّبُهُ بِالرَّافِعِ

أي: تعقب الإقرار بما يتوهم أنه رافع.

فَقَالَ: أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ وشِبْهِهِ فَأَنْكَرَ لَزِمَهُ، بِخِلافِ اشْتَرَيْتُ مِنْكَ خَمْراً بِأَلْفٍ

لأن قوله: عليَّ ألف، إقرار منه بألف. وقوله بعد ذلك: إنها من ثمن خمر أو ميتة أو شيء لا يصلح بيعه يعد ندماً، ولذلك إذا أنكر لزمه الألف.

ابن عبد السلام: وهذا صحيح على قول من يبعض كلام المقر من أصحابنا، وأما من لا يبعضه فالأقرب أنه لا يلزمه شيء؛ لأن أول الكلام مرتبط بآخره.

وقوله: (**بِخِلافِ...إلخ**) أي: فلا يلزمه شيء؛ لأنه هنا لم يقر بشيء في ذمته.

وكَذَلِكَ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ ولَمْ أَقْبِضْهُ

أي: وكذلك تلزمه الألف؛ لأن قوله: (**وَلَمْ أَقْبِضْهُ**) يعد ندماً كالأول، وهذا قول ابن القاسم وسحنون وغيرهما.

ابن شاس: وقيل: القول قوله وعلى البائع البينة أنه سلم العبد إليه.

بِخِلافِ اشْتَرَيْتُهُ بِأَلْفٍ ولَمْ أَقْبِضْهُ

أي: فلا يلزمه شيء؛ لأن قوله: (**اشْتَرَيْتُهُ**) لا يوجب عمارة الذمة، إلا بشرط القبض في البيع فهو لم يقر به، وفيه بحث لا يخفى عليه.

وعَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ حَرِيرٍ، ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ رِباً؛ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الأَصَحِّ، كَمَا لَوْ قَالَ: أَلْفٌ قَضَيْتُهُ....

هكذا وقع في بعض النسخ حرير، وكذلك وقع في نسخة **ابن راشد** وابن شاس وهو الصواب، وما وقع في بعض النسخ خنزير فليس بصحيح؛ لقوله: (**ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ رِباً؛ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الأَصَحِّ، كَمَا لَوْ قَالَ: أَلْفٌ**) إذ هو حرام من أصله، ومعنى كلامه: إذا أقر لفلان أن له عليه ألف درهم. قال في الجواهر: ثم أقام بينة أنه ربا. وقال سحنون: تقبل منه البينة أن ذلك ربا ويرد ذلك أصل رأس ماله وبالأول قال سحنون.

خليل: وعلى هذا فالمسألة على ثلاثة أوجه؛ إن لم يكن إلا دعواه أنه ربا؛ لم تقبل اتفاقاً. وإن أقام بينة على إقرار الطالب أن التبايع لم يقع بينهما إلا على الربا الذي ادعاه المقر؛ قبل باتفاق. وإن قالت: البينة نشهد أن له عليه ألفاً من ربا، وفي معناها أن تشهد على أن الطالب أقر أن عنده ألفاً من ربا، فالأصح عدم القبول خلافاً لابن سحنون. وصحح المصنف الأول؛ لأنه لا منافاة بين هذه الشهادة وبين ما ذكر المقر؛ لإمكان وقوع يتعين منهما اشترى منه حريراً بألف في زمان واشترى منه بعد ذلك أو قبله من الأشرية الربوية بألف.

وقوله: (**كَمَا لَوْ قَالَ: أَلْفٌ قَضَيْتُهُ**) أي: لا تقبل بينته أنه ربا، كما لا يقبل منه دعوى القضاء في قوله: عليَّ ألف لفلان [٥٦٥/ ب] قضيته.

بِخِلافِ إِقْرَارِ الْمُقَرِّ لَهُ

أي: بأنه ربا، ولا إشكال في هذا.

وَأَلْفٌ إِنْ شَاءَ اللهُ يَلْزَمُهُ

هكذا نقل ابن سحنون عن جميع أصحابنا، ووجهه أنه لما لفظ بإقرار فقد علمنا أن الله شاء بحكمه، والقاعدة أن الاستثناء بالمشيئة لا يفيد في غير اليمين بالله تعالى. وقال محمد بن عبد الحكم: لا يلزمه شيء، وكأنه أدخل ما يوجب الشك، واختلف أيضاً في القائل: لك عليَّ ألف إن قضى الله تعالى ذلك، وإذا أراد الله، أو إن رضي الله، أو إن أحب الله ذلك، أو يسر الله ذلك، فألزمه سحنون ولم يلزمه ابن المواز.

وَأَلْفٌ فِي عِلْمِي، أَوْ ظَنِّي وشِبْهِهِ قَوْلانِ

(**وشِبْهِهِ**) أي: فيما أظن، أو أعلم، أو أرى، أو في اعتقادي، أو فيما يحضرني، أو فيما أحسب، واللزوم لسحنون، وعدمه لابن عبد الحكم وابن المواز، وقاسا ذلك على الشهادة، فإن هذه الألفاظ تبطلها، بخلاف الإقرار.

وَأَلْفٌ مُؤَجَّلٌ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي تَأْجِيلِ مِثْلِهَا عَلَى الأَصَحِّ بِخِلافِ مُؤَجَّلَةٍ فِي الْقَرْضِ

يعني: أن من أقر بمال مؤجل، فإن كان من قرض لم يصدق وحلف المقر له إن أنكر الأجل؛ لأن الأصل فيه الحلول. وإن كان من بيع، فإن ادعى أجلاً مستنكراً لم يصدق وحلف المقر له، وإن ادعى أجلاً لا يستنكر، فقولان؛ **أحدهما** وهو الذي قدمه ابن شاس وصححه المصنف: أنه لا يلزمه ما أقر به من التأجيل. **والثاني** حكاه ابن شعبان: أن المقر له يحلف وتكون الألف حالة؛ لأنه أقر بالألف وادعى التأجيل، ولعل منشأ الخلافِ الخلافَ في تبعيض الجمل.

وأَلْفٌ إِنْ حَلَفَ فَحَلَفَ، أَوْ شَهِدَ بِهَا فُلانٌ فَشَهِدَ؛ لَمْ يَلْزَمْهُ

لأن من حجته أن يقول: ظننت أنه لا يحلف إلا على الحق، ويقول: ظننت أنه لا يشهد إلا بالحق، وقد تبين لي خلاف ذلك، ويحلف المقر بعد ذلك لرد هذه الدعوى. ونقل ابن سحنون الاتفاق على ذلك، فقال: إن قال: لفلان عليَّ مائة دينار إن حلف، أو إذا حلف، أو حين يحلف، أو مع يمينه، أو في يمينه، أو بعد يمينه، فحلف فلان على ذلك ونكل المقر، وقال: ما ظننت أنه يحلف؛ فلا يؤخذ بذلك المقر في إجماعنا، ولذلك قال محمد بن عبد الحكم: إذا قال لفلان عليَّ مائة إن حلف فيها، أو ادعاها، أو مهما حلف بالعتق أو الطلاق أو الصدقة، أو قال: إن حلف مطلقاً فلا شيء على المقر بهذا وإن حلف الطالب، وكذلك قال اشهد ذلك أو كان يعلم أنها له، أو قال: إن أعارني دابته فأعاره، أو قال: إن شهد بها فلان فشهد بها على المقر؛ فلا شيء على المقر في ذلك كله، وأما إن قال: إن حكم بها فلان لرجل سماه، فتحاكما إليه فحكم بها عليه يلزمه ذلك، ونص مالك في مسألة إن شهد فشهد أنه لا يلزمه، وقيده ابن القاسم بما إذا لم يكن عدلاً، وأما العدل فيقبل عليه، ونحوه في المجموعة، ولا بد من تقييد مسألة قوله: إن حلف بها إذا لم يكن

ذلك على طريق الدعوى، فإن قال ابتداء: له عليَّ كذا إن حلف، وأما إن ادعى عليه بألف مثلاً، فقال: احلف وخذها، فهذا يلزمه ولا رجوع له، نص عليه ابن يونس، وفي البيان: إن نازعه في شيء، فقال: إن شهد لك فلان. تحصيل المسألة: أنه إذا قال له ذلك على وجه التبكيت لصاحبه ولإبراء الشاهد عن الكذب، فلا اختلاف أنه لا يلزمه ما شهد به عليه، وإن لم يقله على وجهٍ ثلاثة أقوال:

أولها: لا يلزمه ما شهد به عليه، كان تحقق علم ما نازعه فيه خصمه أم لا، فلا يحكم به عليه مع شاهد آخر ومع يمين المدعي عليه، وهو قول ابن القاسم وابن سحنون وعيسى وأصبغ.

ثانيها: أنه لا يلزمه ما شهد به عليه، كان تحقق ما نازعه فيه خصمه أم لا، ويؤخذ دون يمين المدعي، وهو قول مطرف.

ثالثها: أنه لا يلزمه إن كان لا يتحقق معرفة ما نازعه فيه خصمه ولا يلزمه إن كان تحقق ذلك، وهو قول ابن دينار وابن كنانة، واختار سحنون: سواء كان الشاهد في هذا عدلاً أو مسخوطاً أو نصرانياً، وقد قيل لا يلزم؛ لأن محمل كلامه على التبكيت حتى يتبين منه الرضى بقوله، والتزام الحكم به على نفسه على كل حال في نازعه فيه من حد أو أرض أو ما أشبه ذلك محمول على التبكيت حتى يتبين غير التبكيت، ولا خلاف أن له الرجوع بقوله قبل أن يشهد. انتهى.

ابن عبد السلام: وتأمل ما حكاه سحنون وابن عبد الحكم في تعليل الإقرار على يمين المدعي مع قوله في المدونة عن مالك فيمن قال: احلف، حلف أن الحق الذي تدعيه حق وأنا ضامن ورجع، أنه لا ينفعه رجوعه، ويلزمه ذلك إن حلف الطالب، وإن مات كان ذلك في ماله ولم يجعله هبة غير مقبوضة؛ لأجل أنه أدخله في عهدة اليمين.

خليل: وقد يقال مسألة المدونة خارجة عن هذا وهي من باب الإلزام المرتب على شرط.

المتيطي: ومن وجب عليه اليمين، فردها على من وجبت له، أو رضي أن يحلف صاحبه فلما جاء مقطع الحقوق رجع عن الرضى، فقد لزمه الرضى كان عند السلطان أو غيره.

أبو عمران: وهذا متفق عليه، بخلاف المدعى عليه يلتزم اليمين ثم يريد الرجوع عنها فذلك له؛ لأن إلزامه لا يكون أشد من إلزام الله تعالى. قال: وقد خالفني في ذلك ابن الكاتب ورأى أن ذلك يلزمه وليس له رد اليمين، والصواب ما قدمناه.

وهَذِهِ الشَّاةُ أَوْ هَذِهِ النَّاقَةُ؛ لَزِمَتْهُ الشَّاةُ وحَلَفَ عَلَى النَّاقَةِ

يعني: إذا حقق المقر وشك وحلف في المقر به، كما لو قال: هذه الشاة لفلان، أو هذه الناقة. فذكر سحنون أن ما قبل حرف الشك وهو الأول لازم ويحلف على ما بعده، وكذلك لو قال: علي مائة أو دينار، أو له عليَّ مائة أو كذا حنطة، وفيما قاله في هذه المسألة نظر لا يخفى عليك.

وغَصَبْتُ عَبْداً مِنْ فُلانٍ لا بَلْ مِنْ فُلانٍ؛ فَهُوَ لِلأَوَّلِ ويُقْضَى لِلآخَرِ بِقِيمَتِهِ

يعني: فإن وقع الإقرار لشخص ثم [٥٦٦/ أ] أضرب عن ذلك الشخص وأثبته لشخص آخر؛ فإنه يقضى به للأول لإقراره به وهو متهم على إخراجه عن المقر له أولا؛ فلذلك كان للأول، ومن حجة الثاني أيضاً أن يقول: أنت قد اعترفت بأنه لي بإضرابك عن الأول وقد ضيعته بإقرارك به للأول أولاً، فلذلك ألزم المقر قيمة المقر به للثاني إن كان مقوماً، أو مثله إن كان مثلياً، هكذا قال سحنون وغيره.

ابن عبد السلام: وهو المعروف. ابن القاسم في العتبية: ولا يمين عليه.

عيسى: إلا أن يدعيه الثاني، فإن ادعاه فله اليمين على الأول، فإن حلف فكما ذكرنا، وإن نكل المقر له أولاً حلف المقر له ثانياً وكان العبد له ولم يكن على المقر شيء. قال في البيان:

وقول عيسى تفسير لقول ابن القاسم ويأتي على ما لسحنون في نوازله من كتاب الاستلحاق أنه لا شيء للمقر الثاني؛ لأنه إذا أقر له إنما أقر له بما قد استحقه الآخر لإقراره له به أولاً، وانظر هل يتخرج أيضا فيها قول بأنه لا يكون للثاني إلا نصف القيمة من المسألة الآتية في كلام المصنف في الاستلحاق إذا قال الولد: هذا أخي لا بل هذا، فللأول النصف وللثاني نصف ما بقي، وقيل: جميعه.

وأشار ابن سحنون إلى مخالفة أشهب أيضاً في مسألة الغصب التي حكاها المصنف. قال: وقال أشهب قولا أباه سحنون في القائل: غصبت هذا العبد من زيد من عمرو؛ أن العبد لزيد ويقضى لعمرو بقيمته، وقد اتفق سحنون وأشهب على أن من قال: غصبت هذا العبد من زيد من عمْر، أو عمر بل من خالد؛ أن العبد لزيد ويحلف إن شك فيه، ولم يعجب هذا سحنونا؛ للإجماع فيمن قال: غصبت هذا العبد من زيد وعمر بل من زيد؛ أنه يقضى بالعبد لزيد وعمر نصفين بينهما ويغرم لزيد نصف قيمة العبد إن أراد ذلك، يريد وإن أراد أن يغرم له قيمة العبد كله فذلك من حقه؛ لكونه لما قال: بل من زيد أضاف غصب الجميع إلى ملك زيد، فليس له أن يغصبه عبداً كاملاً ويرد نصف عبد. قال: وهذا يدل على قول سحنون. ابن سحنون، وقرأت على سحنون قول أصبغ: لو قال مائة دينار عندي لزيد من دين أو تعدٍ أو وديعة بل هي لعمر، ولكل واحد منهما مائة، ولو كان ذلك في سعة، فقال: هذا العبد غصبته من زيد بل من عمر، فإن قال ذلك قبل أن يقبض زيد؛ كان العبد بين زيد وعمر، ولو قال: غصبت من زيد، ثم قال: بل من عمر وقد قبض زيد العبد، فإن العبد يكون لزيد ويغرم لعمر قيمته، فقال سحنون: أصاب إلا في العبد، فإن الحكم أن يكون العبد لزيد ويقضى لعمر بقيمته، سواء قال: بل هو لعمر بعد أن قبضه أو قبل أن يقبضه.

ولَكَ أَحَدُهُمَا لِثَوْبَيْنِ، لَهُ تَعْيِينُهُ، فَإِنْ قَالَ: لا أَدْرِي، فَإِنْ عَيَّنَ الْمُقَرُّ لَهُ أَدْنَاهُمَا أَخَذَهُ وأَجْوَدَهُمَا بِيَمِينٍ، فَإِنْ قَالَ: لا أَدْرِي حَلَفَ الْمُقِرُّ، ثُمَّ حَلَفَ الْمُقَرُّ لَهُ وكَانَا شَرِيكَيْنِ....

يعني: وإن قال رجل لآخر: لك أحد هذين الثوبين أو العبدين فله؛ أي: فللمقر تعيينه، فإن عين الأعلى فلا كلام، وإن عين الأدنى ووافقه المقَرُّ له فكذلك، وإن خالفه حلف المقَرُّ له وأخذ الأعلى، ويبقى له الأدنى بتسليم المقَرُّ له.

ابن عبد السلام: وانظر هل ينتفع به انتفاعاً عوضاً عن قيمة الأعلى، فإن غفل عن ذلك حتى بيع الأدنى بأكثر من قيمة الأعلى يوم حلف المقر له وأخذه؛ فيكون الزائد من الثمن على القيمة موقوفاً أو يتصدق به، انظر في ذلك كله، ولابن عبد الحكم ما يشبهه. انتهى.

وقوله: (**فَإِنْ قَالَ: لا أَدْرِي**) فإن عين المقر له أدناهما؛ أخذه بغير يمين لعدم التهمة، وإن عين أجودهما حلف. قال في البيان في باب الدعوى والصلح: وتحليفه مثل ما في المدونة في مسألة ضمان الصناع، بخلاف ما ذهب إليه ابن المواز، فإن قال المقر له أيضا: لا أدري، حلف المقر على نفي المعرفة، وحلف أيضاً المقر له كذلك، وما ذكره من حلفهما ويكونان شريكين نص عليه ابن القاسم في العتبية، وكذلك يكونا شريكين إذا حلف المقر له ولم يحلف المقر.

قال في البيان: وهو يأتي على القول بلحوق يمين التهمة، وعلى أنها ترجع؛ لأن كل واحد منهما يتهم صاحبه، فيقول المقر له: تعلم أن أدناهما لك ويقول المقر بالعكس، فأوجب اليمين لكل واحد منهما على صاحبه، فإن حلفا جميعا أو نكلا جميعا كانا شريكين كما قال؛ لاستوائهما في الحلف والنكول، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر كانا أيضا شريكين؛ لأن الناكل منهما لما نكل وجب أن يرجع اليمين على صاحبه فيحلف لقد يعلم أن أحدهما له وهو لم يحلف، إلا أنه لا يعلم أن أحدهما هو ثوبه، ويمين التهمة إنما ترجع على البت.

مالك: وهو رجل سوءٍ حلف على ما لا علم له به ويأتي على القول بأن يمين التهمة لا تلحق أن يكونا شريكين في الثوبين، ولا يكون لأحدهما على صاحبه يمين، ويأتي على القول بأن يمين التهمة تلحق وأنها لا ترجع. إن نكل المقر عن اليمين وحلف المقر له؛ كان له أجود الثوبين، لأنه قد وجب له بنكول المقر. انتهى. وقال أشهب: إذا نكلا جميعاً قضى للمقر له بأدناهما.

المازري: والأصل الذي يكون عليه أكثر فروع شك المقر فيما أقر به؛ هو أن ما تيقنه المقر فإنه لا محيص له عنه وما شك فيه وأيقن المقر له أخذه على اختلاف في أخذه له، هل يأخذه بيمين أو بغير يمين؟ وما شك فيه جميعاً المقر والمقر له، ففي هذا قولان؛ **أحدهما**: أن الذي شك فيه يسقط غرامته ولا تجب مطالبة المقر من أجله استصحاباً ببراءة الذمة. **والقول الثاني**: [٥٦٦/ ب] أنه يقسم بين المقر والمقر له لتساويهما في إمكان كون الكل مشكوكاً فيه، هل لهذا أو هذا، فيقسم بينهما نصفين.

وَالاسْتِثْنَاءُ بِمَا لا يَسْتَغْرِقُ؛ كَعَشَرَةٍ إِلا تِسْعَةً يَصِحُّ، خِلافاً لِعَبْدِ الْمَلِكِ

ذكر الاستثناء هنا لأنه من التعقب بالرافع، وحاصله أنه يصح استثناء الأكثر خلافاً لعبد الملك، والأول هو الصحيح لقوله تعالى: ﴿ **إِنَّ عِبَادِى** ﴾ إلى قوله: ﴿ **مِنَ ٱلْغَاوِينَ** ﴾ [الحجر:٤٢] والغاوون أكثر الناس، لقوله: ﴿ **وَمَآ أَكْثَرُ ٱلنَّاسِ وَلَوْ حَرَصْتَ بِمُؤْمِنِينَ** ﴾ [يوسف:١٠٣] ولقوله عليه السلام حكاية عن ربه: «**كلكم جائع إلا من أطعمته**» والمطعم أكثر.

فإن قيل: من الأخذ من الآية نظر؛ لأن الغاوين لم يدخلوا في العباد العافين إلى الله تعالى؛ لأن الآية في المؤمنين المخلصين، قيل: لا نسلم أن الغاوين ليسوا من العباد؛ لأن العباد مخلصون وغير مخلصين بدليل اتصاف العباد بالمخلصين، ولأنه يلزم حينئذ أن

يكون الاستثناء منقطعاً وهي خلاف الأصل، **فإن قيل**: اتصاف العباد بالمخلصين للمدح لا للتخليص؛ **فالجواب**: أن الأصل في الوصف التخصيص، وحمله على المدح على خلاف الأصل.

وعن ابن الماجشون: لا يصح استثناء الواحد الكامل، وإنما يصح استثناء الأجزاء كما تقدمت الإشارة إليه ويُرَدُّ قوله؛ لاتفاق فقهاء الأمصار أنه لو قال: عندي عشرة إلا تسعة، أنه لا يلزمه إلا واحد، ويمكن أن يجاب له بأنه إنما ألزموه بالواحد نظراً إلى العرف لا إلى اللغة، ويرد عليه بأن الأصل ألا يخالف العرف اللغة. والله أعلم.

وعَلَى الْمَشْهُورِ: عَشَرَةٌ إِلا تِسْعَةً إِلا ثَمَانِيَةً؛ تَلْزَمُ تِسْعَةٌ

لا على قول عبد الملك، وإنما لزمه تسعة؛ لأن القاعدة: أن الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات، فقوله: (**عَشَرَةٌ**) إثبات أخرج منه تسعة فيبقى واحد، ثم أدخل ثمانية أخرى فكان المقر به تسعة.

وإِلَى وَاحِدٍ تَلْزَمُهُ خَمْسَةٌ

يعني: أن من استثنى من العشرة إلى الواحد فيلزمه خمسة؛ أي: إذا قال عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا ستة إلا خمسة إلا أربعة إلا ثلاثة إلا اثنين إلا واحدا، وتقريره بما تقدم: أن الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات، ولك أيضا في معرفة هذا وجهان:

الأول: أن تجمع الأشفاع والأوتار ثم تسقط الأوتار من الأشفاع، فمهما بقي شيء كان هو الباقي، فتجمع العشرة والثمانية والستة والأربعة والاثنين فيكون المجموع ثلاثين، وتجمع التسعة والسبعة والخمسة والثلاثة والواحد فيكون المجموع خمسة وعشرين تسقطها من الثلاثين تبقى خمسة وهي المقر بها.

والوجه الثاني: أن تحط الأخير فما يليه كذلك حتى الأول، فما حصل فهو الباقي فتحط الواحد من الاثنين يبقى واحد تحطه من ثلاثة، يبقى اثنان تحطهما من أربعة، يبقى اثنان تحطهما من خمسة، تبقى ثلاثة تحطها من ستة، تبقى ثلاثة تحطها من سبعة، تبقى أربعة تحطها من ثمانية، تبقى أربعة تحطها من تسعة، تبقى خمسة تحطها من عشرة، تبقى خمسة وهو المقر به.

ولا فَرْقَ بَيْنَ قَوْلِهِ: لَهُ الدَّارُ إِلا الْبَيْتَ، وقَوْلِهِ: والْبَيْتُ لِي

يعني: لا فرق في الاستثناء بأدواته وبين ما يؤدي إليه وهو ظاهر.

ابن عبد الحكم: ولو قال غصبته جميع هذه الدار وبيتها لي؛ فهذا لا يقبل منه، وقد أقر بغصب جميعها؛ لأنه قال: غصبتك بيتاً هو لي، وأما إن قال: هذه الدار وبيت فيها لي؛ قبل قوله مع يمينه.

واسْتِثْنَاءٌ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ، مِثْلُ: أَلْفُ دِرْهَمٍ إِلا عَبْداً، يَصِحُّ عَلَى الأَصَحِّ وتَسْقُطُ قِيمَةُ الْعَبْدِ....

هذا مفرع على الأصح، وعلى الأصح فيقال للمقر: صف العبد المستثنى وتقوم صفته وتسقط من الألف ويلزمه ما بقي، فإن ذكر أن القيمة تستغرق المقر به؛ بطل استثناؤه ولزم ما أقر به، قاله في الجواهر، ومقابل الأشهر حكاه ابن سحنون أنه لا يصح، ويلزمه ما أقر به قبل الاستثناء واختاره بعضهم؛ لأنه يلزم أن يكون أمرها مجهولاً بالألف واللام.

الاسْتِلْحَاقُ: لما فرغ من الإقرار بالمال شرع في الإقرار بالنسب، والمشهور أنه لا يستلحق الورثة إذا اجتمعوا، قاله بعض الشيوخ، ووقع في كلام ابن القصار ما ظاهره ثبوت النسب كمذهب الشافعي في ذلك.

وَإِذَا اسْتَلْحَقَ مَجْهُولَ النَّسَبِ لَحِقَ بِهِ مَا لَمْ يُكَذِّبْهُ الْعَقْلُ لِصِغَرِهِ، أَوِ الْعَادَةُ بِبَلَدِهِ، أَوِ الشَّرْعُ لِشُهْرَةِ نَسَبِهِ ....

يعني: إذا استلحق شخص مجهول النسب لحق به؛ لأن الناس مصدقون على أنسابهم والشرع متشوف إلى لحوق النسب، إلا أن يكذبه العقل...إلخ. **فالعقل:** كما إذا استلحق من هو أكبر منه؛ إذ العقل مانع أن يكون الولد أكبر من أبيه. **والعادة:** كما إذا استلحق من ببلد يعلم أن المستلحق لم يدخلها. **والشرع:** كما لو استلحق من هو مشهور النسب، فإن شهرة نسبه تمنع أن يلحق بالغير، وإذا كانت الشهرة تمنع فأحرى إذا ثبت نسبه. وفي المدونة لابن القاسم: في الذي يتبين به كذبه أن يكون له أب معروف، أو هو من المحمولين من بلد لا يعلم أنه دخلها كالزنج والصقالبة، أو تقوم البينة أن الأم لم تزل زوجة لغيره حتى ماتت، قيل له: فإن قالوا لم تزل ملكاً لغيره حتى ماتت، قال: لا أدري ما هذا ولعله تزوجها، ويناقش المصنف بأن قوله أولاً (**مَجْهُولَ النَّسَبِ**) يغني عن قوله: (**لِشُهْرَةِ نَسَبِهِ**) لأن الجهل بنسبه مع شهرة نسبه متضادان، ولمالك في المدونة: من باع صبياً ولد عنده ثم أقر بعد ذلك أنه ابنه؛ لحق به ورد الثمن، إلا أن يتبين كذبه، وقد نزلت بالمدينة وقضى بها بعد خمس عشرة سنة.

وَلا كَلامَ لَهُ وَلَوْ كَانَ كَبِيراً

يعني: ولا كلام للمقر به؛ لأنه لا يقابل دعوى المقر إلا بعدم العلم لا بالتحقيق، وإذا لم [٥٦٧/أ] يكن للكبير كلام فأحرى الصغير، ونص في النوادر على أنه لا يلتفت

لتصديق الولد ولا تكذيبه وأنه لا يقبل، سواء كان الأب صحيحاً أو مريضاً، أحاط الدين بماله أم لا. وفي الكافي في آخر الفرائض شرط ذلك تصديق الولد إذا كان الولد كبيراً، ونص على أنه لو استلحق ولداً كبيراً بعد موته أنه لا يلحق إلا ببينة، وعلل ذلك بأن استلحاقه يفتقر إلى تصديقه والتصديق قد علم بموته، بخلاف الصغير فإذا استلحقه بعد موته يلحق به ويرثه، ويؤيد في المدونة في باب الشهادة: ومن ادعى على رجل أنه ولده أو والده فأنكر؛ فلا يمين له عليه. قال ابن يونس: معناه أن الولد كبير، ولو كان صغيراً لجاز استلحاقه إذا لم يعرف كذبه.

فرع: وهل من شرط استلحاق الولد ألا يكون للمستلحق وارث معروف كغير الولد وهو أقرب، نقله سحنون عن أصحابنا، أو إنما يشترط ذلك في غير الولد وهو الذي في العتبية. قال في الجواهر: ولو استلحق ولداً ثم أنكره ثم مات الولد عن مال فلا يأخذه المستلحق.

ابن القاسم: ويوقف ذلك المال، فإن مات هذا المستلحق صار المال لورثته وقضى به دينه، فإن قام غرماؤه عليه وهو حي أخذوا ذلك المال في ديونهم.

وَقَالَ سُحْنُونٌ: لا يُقْبَلُ إِذَا لَمْ يَتَقَدَّمْ نِكَاحٌ أَوْ مِلْكُ يَمِينٍ

يعني: أن أهل المذهب لا يشترطون في الاستلحاق تقدم النكاح أو ملك يمين، وقال سحنون: يشترط فيه أن يعلم أحدهما، ونحوه لابن القاسم، لكن المشهور عنه الأول.

وَلَوِ اسْتَلْحَقَ ذَا مَالٍ وَلَهُ وَارِثٌ لَمْ يَرِثْهُ

هذا خاص بغير الولد؛ لأنه قدم الكلام في الولد، وأنه يقبل استلحاقه ما لم يكذبه العقل...إلخ. وقد تقدم في اللعان ما إذا استلحقه بعد نفيه وموته، وأن مذهب المدونة: يرثه بشرط أن يترك الولد ولداً، وأن ابن العطار وغيره قالا بنفي الإرث وإن فضلا، قيد

في المدونة إذا لم يكن للميت ولد بها إذا كان المال كثيراً، ونص في الجواهر ونحوه لصاحب الذخيرة أن هذا الفرع خاص بغير الولد.

وقوله: (**وَارِثٌ**) أي: عاصب معروف بنسب أو ولاء يدل عليه ما بعده، ومثال المسألة، ما إذا قال: هذا أخي أو عمي أو ابن أخي ونحو ذلك، فإن كان للمستلحق عاصب يرثه لم يرثه هذا المقر به؛ لأن ذلك الوارث يستحق ذا المال وهو يتهم في إخراجه، ولفظ ذا مفعول.

وقوله: (**وَلَهُ وَارِثٌ**) جملة حالية من الضمير في (**اسْتَلْحَقَ**) فإن قلت: هل يصح أن يكون أيضاً (**ذَا**) حالاً من فاعل استلحق؛ أي: استلحق حال كونه ذا مال، قيل: فيه بعد، والله أعلم.

وكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ عَلَى الأَصَحِّ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُسْلِمِينَ كَالْوَارِثِ أَوْ لا

يعني: وكذلك لو استلحق غير الولد وله مال ولم يكن له وارث معروف بالنسب، فإن الأصح أنه لا يرثه، ومنشأ الخلاف ما ذكره، هل بيت المال وارث أم لا، وإنما هو حائز للأموال الضائعة، واضطرب الشيوخ في تعيين المشهور؛ فالباجي يقول: والذي عليه جمهور أصحابنا قبول إقراره ويرثه المقر له ولا يثبت نسبه بذلك، وقاله أصبغ وسحنون، ثم قال سحنون: لا يرثه؛ لأن المسلمين يرثونه، وقاله أشهب.

ابن يونس: نسبة الأول إلى المذهب منكر إلا على قول شاذ لابن القاسم.

ابن عبد السلام: ولكن هذا إذا كان المقر ذا مال، ومسألة المؤلف في العكس أن يكون المقر له ذا مال، فتأمل ذلك.

وَلَوْ قَالَ لأَوْلادِ أَمَتِهِ: أَحَدُهُمْ وَلَدِي وَمَاتَ ولَمْ تُعْرَفْ عَيْنُهُ؛ فَالصَّغِيرُ وَحْدَهُ حُرٌّ. وقِيلَ: وثُلُثَا الأَوْسَطِ وثُلُثُ الأَكْبَرِ، وقِيلَ: الْجَمِيعُ....

أي: ومات ولم تعرف عين الولد، وذكر المصنف وابن شاس ثلاثة أقوال، وقد ذكرها صاحب النوادر، وعزا الأول في كلام المصنف لسحنون والثاني للمغيرة والثالث لابن عبد الحكم؛ فرأى في الأول والأوسط عدم العتق، لاحتمال أن يكون الميت لم يرد واحداً منهما وإنما أراد الأصغر، فلا يعتق واحدٌ إلا بيقين على القول بأن الشك لا يؤثر في العتق، ورأى المغيرة أن الصغير هو على كل تقدير؛ لأنه إذا كان الأكبر هو الولد فهو حر، وكذلك الأوسط والأصغر، وإن كان الأوسط هو الولد فهو حر مع الأصغر والأكبر رقيق، وإن كان الأصغر هو الولد فهو حر دونهما، ولما كان الأوسط حراً على تقديرين ورقيق على تقدير عتق ثلثاه، ولما كان الأكبر حرًّا على تقدير ورقيقاً على تقديرين عتق ثلثه، ورأى ابن عبد الحكم عتق جميعهم بالشك كما وجب اجتناب الشاتين إحداهما ذكية والأخرى ميتة، وكاجتناب المرأتين إذا كانت إحداهما محرمة؛ لأنه لما اختلط من يجوز ملكه بمن لا يجوز ملكه وتعذر التعيين في إعتاق من لا يجوز ملكه وجب إعتاق الجميع؛ لأن ما لا يتوصل إلى الواجب إلا به فهو واجب.

تنبيه: هذا الكلام المتقدم إنما هو إذا كان الإخوة من أُمٍّ واحدةٍ وهو الذي يؤخذ من كلام المصنف؛ لقوله: (**لأَوْلادِ أَمَتِهِ**). قال في العتبية: وإن كانوا مفترقين فإن القول ببلد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأكثر الرواة، أن يحمل هذا عندهم محمل من قال: أحد عبيدي حر. وقال المخزومي: يعتق من كل واحد ثلثه ويرق ثلثاه. وقال آخرون: يعتق واحد من الثلاثة بالقرعة؛ لأنه لما كان مجهولاً عتق بحكم الوصية فقط، وقد قيل أنه يقرع بينهم، وإن كانوا لأم فيقرع بين الأكبر والأوسط، وأما الأصغر فهو حر على كل حال؛ لأنه لا يصح أن يختلف فيه، وإن كان ظاهر الرواية [٥٦٧/ب] خلاف ذلك

فتأول على هذا وهو تأويل سائغ؛ لأن الاثنين جماعة فيحمل قوله بينهم على الأكبر والأوسط، قال: ولا خلاف أنه لا إرث لأحدهم منه.

وَإِذَا وَلَدَتْ زَوْجَتُهُ وَغَيْرُهَا وَلَدَيْنِ وَمَاتَتَا واخْتَلَطَا؛ عَيَّنَتْهُ الْقَافَةُ

يحتمل أن يريد بغير زوجته ما هو أعم من أمته والأجنبية، ويحتمل أن يريد أمته فقط، وهذا الثاني أشبه بأصل المذهب في أن القافة إنما تكون في الآباء. وفي الجواهر: ولو نزل ضيف على رجل وله أم ولد حامل فولدت هي وولدت أم ولد الضيف في ليلة بنتين فلم تعرف واحدة منهما بنتها وتداعتا أحدهما ونفى الآخر؛ فإن القافة تدعى لهما. وقال سحنون فيمن ولدت امرأته وجاريته فأشكل عليهم ولد الحرة من ولد الأمة ومات الرجل ولم يدع عصبة تستدل بها القافة على ولد الميت؛ ليس في مثل هذا قافة، ولا يكون الميراث بالشك.

وفي كتاب ابن عيسى: في امرأة طرحت ابنتها ثم عادت لأخذها فوجدتها وأخرى معها ولم تعرف بنتها منهما، فقال ابن القاسم: لا يلحق بزوجها واحدة منهما، وبه قال ابن المواز، وقال سحنون: تدعى لهما القافة، وإلى هذا الفرع الأخير أشار المصنف بقوله:

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي امْرَأَةٍ وَجَدَتْ مَعَ بِنْتِهَا أُخْرَى: أَلاَّ تُلْحِقَ بِزَوْجِهَا وَاحِدَةً مِنْهُمَا، وقَالَ سُحْنُونٌ: الْقَافَةُ....

وكأن المصنف أتى بهذا الفرع إثر الأول، إشارة إلى التعارض بينهما؛ لأنهم قالوا في الأول بحكم القافة ولم يذكروا خلافه، ومذهب ابن القاسم في الثاني عدم إعمال القافة، فكأنه أشار إلى التخريج وهو تخريج ظاهر، والظاهر: أنه لا فرق بينهما، وقول المصنف في الفرع السابق (**وَمَاتَتَا**) الظاهر أنه لا يحتاج إلى ذلك؛ لأنه لا مفهوم له، ولا فرق بين مماتهما وبين حياتهما، فإن قيل: فلم حكموا في الأول في القافة وهي لا تكون في الحرائر على المشهور، وقيل: الفرق بين هذه المسائل المذكورة هنا وغيرها من وجهين:

أولهما: أن النسب هنا ثابت وإنما القافة لتبينه. **وثانيهما**: إنما لم تعتبر في الحرائر القافة حيث يمكن دفع الولد باللعان وهاهنا تعذر فاستوى الأحرار وغيرهم في ذلك.

وَلا تَعْتَمِدُ الْقَافَةُ إِلا عَلَى أَبٍ حَيٍّ، وَقِيلَ: وَعَلَى الْعَصَبَةِ

يعني: أن القافة إنما تعتمد على الأب الحي على ظاهر المذهب قصراً لذلك على قصة زيد وأسامة. وقال سحنون: يعتمد على شبه العصبة؛ يعني: في موت الأب.

قوله: (**حَيٍّ**) هو كذلك في الرواية، ظاهره أنه لا يعتبر الأب إذا مات، ولكن فسر سحنون الحياة بوجوده لينظر شبهه؛ سواء كان حيًّا أو ميتاً، والفرق والأقرب أن يعتمد على ما تقوله أنها تعرف بذلك النسب، فإن قالت: لا تعرف ذلك إلا بالأب؛ اعتبر الأب فقط، وإن قالت: لا نعرف ذلك بالعصبة رجع إليهم في ذلك، ولا وجه لنقل الخلاف في هذه المسألة، والله أعلم. والمشهور: أنه يكتفى بالقائف الواحد. وقيل: لا بد من اثنين.

وَإِذَا أَقَرَّ وَلَدَانِ عَدْلانِ بِثَالِثٍ ثَبَتَ النَّسَبُ، وَعَدْلٌ يَحْلِفُ وَيُشَارِكُهُمَا وَلا يَثْبُتُ النَّسَبُ، وَغَيْرُ عَدْلٍ يُؤْخَذُ لَهُ مِنْهُ مَا زَادَ عَلَى تَقْدِيرِ دُخُولِهِ مَعَهُمْ....

أما إذا أقر عدلان فواضح، ولا خصوصية للولدين، بل وكذلك العمان والأخوان، وأما العدل فيحلف معه ويشاركهما؛ لأنه إنما شهد له على مال، وهكذا في الجواهر والذخيرة، ونقل عن الباجي نحوه، والمذهب خلافه على ما نقله العلماء قديماً وحديثاً، وقد صرح بعضهم بأن ما نقله ابن الحاجب وهْمٌ. **والمذهب**: أن العدل كغيره وليس للمقر له الأخذ إلا من المقر، فإن قلت: لم لا يقيد كلامه بما إذا لم يكن للميت وارث معروف؟ فقد نقل صاحب النوادر وغيره: أنه إذا لم يكن للميت ولد معروف فادعى أنه ولد للميت أو زوجة فأقام على ذلك شاهداً؛ أن ابن القاسم قال: يقضى له بالشاهد واليمين بالميراث دون النسب. وقال أشهب: لا يقضى له به؛ لأن المال فرع بثبوت

النسب، واتفقا على عدم أخذ المال إذا كان للميت وارث معروف، قيل: لما فرض المصنف المسألة في ولدين لزم قطعاً حصول الوارث المعروف، وهي يُتفق فيها على عدم الإرث، فإن قلت: فكلامه هنا موافق لما ذكره في النكاح إذا أقامت المرأة شاهداً على النكاح بعد الموت، فقال ابن القاسم: تحلف معه وترث. وقال أشهب: لا ترث. وتوقف أصبغ. قيل: هذه المسألة أيضا مقيدة عند ابن القاسم بها إذا لم يكن للميت وارث معروف، كما صرح به صاحب النوادر وغيره، ومذهبنا: عدم ثبوت النسب بالعدل الواحد ولو لم يرث غيره. وقال الشافعي -رضي الله عنه-: إذا لم يرث غيره يثبت النسب، ومثله عن ابن القصار.

وقوله: (**وَغَيْرُ عَدْلٍ يُؤْخَذُ لَهُ مِنْهُ...إلخ**) هو المشهور، وسيأتي بيان العمل في ذلك في باب الفرائض إن شاء الله. وقال ابن كنانة: إن المقر يشاركهم، وهذا إذا كانت التركة عيناً، وأما إن كانت عروضاً كما لو ترك الميت عبداً أو أمة، فأخذ المقر عبداً والمنكر الأمة، ثم أقر أحدهما بأخ، فقال ابن عيسى: هو مقر بثلث العبد وثلث الأمة وكان له في الإنكار؛ يعني: للمقر نصف كل واحد، فأقر في كل نصف وجب له بثلث ذلك النصف وهو سدس العبد، فلما باع نصفه في الأمة بنصف أخيه في العبد؛ ضمن لأخيه سدس قيمة الأمة، وأما ثلث العبد فواجب له؛ لأن سدسه كان بيده، وسدس آخر عاوض فيه أخاه فابتاع [٥٦٨/ أ] ما لا يحل؛ كمن اشترى شيئا ثم أقر أنه لآخر فليسلمه إليه، فقد وجب له ثلث العبد بكل حال، ويخير في سدس الأمة بين أن يأخذ منه قيمته أو يأخذ منه سدس العبد الذي باعه فيصير له نصف العبد. وقال أيوب المصري: قول أهل المدينة أن يعطيه ثلث العبد ويضمن له قيمة سدس الأمة؛ لأنه باع ذلك بالسدس من العبد وهو مقر أنه لأخيه. **أبو محمد**: وهذا هو الصواب وليس فيه تخيير؛ لأن الذي أقر له به من العبد اشترى نصفه بسدس الأمة الذي كان بيد أخيه من العبد الذي كان بيده.

وَلَوْ قَالَ الْوَلَدُ: هَذَا أَخِي، لا بَلْ هَذَا؛ فَلِلأَوَّلِ النِّصْفُ ولِلثَّانِي نِصْفُ مَا بَقِيَ بِيَدِهِ. وقِيلَ: جَمِيعُهُ....

أي: فللثاني نصف ما بقي بيده نظراً إلى عذره بالخطأ، وقيل: جميعه بناء على عدم عذره بالخطأ؛ إذ الخطأ والعمد في أموال الناس سواء، ومن حجة الثاني أن يقول: أنت معترف باستحقاق نصف المال وأنت قد ضيعت حقك بإقرارك للأول، وكذلك إذا أقر بوارث ثم بوارث لم يدخل الثاني مع الأول إلا أن يكون الإقرار بهما نسقاً، فإن أقر بالثاني بعد أن دفع للأول؛ فليس عليه للثاني إلا الفضل الذي بيده على نصيبه، مثاله: توفي رجل وترك ابناً فله المال كله، فأقر بابن آخر فله نصف المال بلا خلاف، فإن أقر بثالث، فقال سحنون: حكمه حكم ابنين ثابتي النسب أقر أحدهما بثالث فيدفع له ثلث ما بيده، وكذلك لو أقر برابع وخامس.

سحنون: وهو معنى قول ابن القاسم وغيره. وقال أشهب: لا ينظر في هذا إلى ما يجب للمقر وإنما ينظر إلى ما يجب للمقر به من جميع المال، كان بيد المقر وكان قادراً على الإقرار بهما جميعاً، وسواء كان عالما بالثاني أو لم يعلم؛ لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء، وعلى الأول لا يحتاج إلى قضاء قاض، وقال أحمد بن نصر الداودي: إنه إن دفع بقضاء لم يضمن.

وَلَوْ تَرَكَ أُمّاً وَأَخاً فَأَقَرَّ بِآخر، فَفِي الْمُوَطَّإِ: يَأْخُذُ مِنْهَا النِّصْفَ وهُوَ السُّدُسُ لِنَفْسِهِ وعَلَيْهِ الْعَمَلُ، وَرُوِيَ: يَقْتَسِمُهُ مَعَ أَخِيهِ.

إنما كان للمقر له السدس؛ لأنها أقرت بأخوين يحجبانها إلى السدس، ولا شيء للمنكر؛ لأن بيده الثلثين وهو معترف أنه لا يستحق غيرهما.

وقوله: **(وَرُوِيَ: يَقْتَسِمُهُ مَعَ أَخِيهِ)** أي: لأنها إنما أقرت بالسدس لهما، وقيل: يوقف نصيب المنكر من السدس، فإن صدق الأم أخذه ودفع لأخيه نصف الثلثين. وقيل: يوقف الأخ على إقرارها، فإن صدقها أخذت السدس وكان الباقي بينهما، كان السدس للمقر به، وإن قال: لا أدري، كان السدس بينهما.

* * *

الْوَدِيعَةُ: اسْتِنَابَةٌ فِي حِفْظِ الْمَالِ

أي: الوديعة في عرف الفقهاء المبوب لها عندهم ما ذكر، وإلا فهي أعم، كإيداع الأب ولده لمن يحفظه، والأمة المتواضعة، غير أن ابن عبد السلام تردد في الأمة المتواضعة لاحتمال أن يقال إنها استنابة على حفظ المال، فينطبق عليها الرسم، أو يقال ليس المقصود مجرد حفظها وإنما المقصود الرجوع إلى أخبار الأمين عن خروجها من القرء، فلا ينطبق الرسم عليها ولا يكون جامعاً.

خليل: وعلى ما قررنا به كلام المصنف يدفع هذا؛ لأن الأمة المتواضعة ليست من المبوب لها في عرف الفقهاء، **فإن قيل**: رسم المصنف غير مانع لدخول بعض أنواع الإجارة فيه؛ أعني: الإجارة على حراسة المال، **فالجواب** ما قاله ابن عبد السلام أن هذا النوع من الإجارة مراد الدخول في هذا الرسم، ولا ينكر في الفقه وغيره من العلوم أن تكون المسألة مشتملة على وجوه، لكل واحد منها تعلق بباب، فيحتاج لذلك إلى ذكرها في أبواب متعددة.

فصل:

وهي مأخوذة من الوَدَعِ وهو الترك، أو من الدَّعَة وهي السكون؛ لأنها ساكنة عند المودع.

وَهِيَ أَمَانَةٌ

أي: فلا تضمن إلا بتعدٍّ.

وَهِيَ جَائِزَةٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ

الجواز هنا مقابل اللزوم؛ لأن لكل واحد من المُودَع والمُودِع أن يبطل الوديعة، فلربها أن يستردها، ولآخذها أن يردها لربها.

ابن عبد السلام: ولا يشترط اجتماعهما في الرضا بذلك ما لم يعرض عارض ينقل هذا الحكم إلى اللزوم، كما في الجارية المتواضعة، أو يكون الحفظ بأجرة كما أشرنا إليه أنها تعود إجارة وهي لازمة، وربما يعرض لها اللزوم من وجه آخر؛ كما إذا كان ربها عاجزاً عن حفظها فيتعين عليه الإيداع لنهيه صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال. فإن لم يجد من يحفظها له إلا واحداً تعين عليه قبولها وحفظها لوجوب إغاثة الملهوف، فيكون اللزوم على هذا المعنى بمعنى الفرض ومخالف للذي قبله. وفي دخول هذا تحت كلام المصنف نظر؛ لأن الفرائض لا يلزم الاعتناء باستيفائها.انتهى.

وفي المقدمات: لا يَلزَمُ من استُودِعَ قبض الوديعة، وجد المودع من يدعه أم لا، قال ذلك ابن شعبان.

فأما إن وجد فواضح، وأما إن لم يوجد غيره فينبغي أن يلزمه القبول قياساً على من دعي إلى أن يشهد - إنه يلزمه ذلك إن لم يكن في البلد من يشهد غيره، ومن أهل العلم من يرى ذلك لازماً له وجد في البلد من يشهد له أم لا؛ لقوله تعالى: ﴿ **وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ** ﴾ [البقرة:٢٨٢]، ولا يسمى الرجل شاهداً حتى يكون عالماً بالشهادة، فيجب عليه أداؤها. انتهى.

فكلام ابن عبد السلام يأتي على قياس ابن رشد لا على ما قاله ابن شعبان.

وَشَرْطُهُمَا كَالْوَكِيلِ وَالْمُوَكِّلِ

والضمير في: (**شَرْطُهُمَا**) عائد على المودِع والمودَع؛ لأن المودِع كالموكِل والمودَع كالوكيل، ومعنى كالوكيل والموكل أن من جاز أن يتصرف لنفسه ولغيره فله أن يودِع ويودَع، ويشكل بالعبد المأذون له في التجارة؛ فإنه يجوز أن يُودِع كما سيأتي، ولا يجوز أن يتوكل إلا بإذن سيده كما قدمناه.

وَمَنْ أَوْدَعَ صَبِيّاً أَوْ سَفِيهاً أَوْ أَقْرَضَهُ أَوْ بَاعَهُ فَأَتْلَفَهَا لَمْ يَضْمَنْ وَلَوْ أَذِنَ لَهُ أَهْلُهُ

هكذا وقع في بعض النسخ (**أَوْ سَفِيهاً**) وهي أولى، وفي بعضها (**صَبِيّاً سَفِيهاً**) بإسقاط (**أَوْ**) لأنه يبقى قوله: (**سَفِيهاً**) لا حاجة له؛ إذ لا يكون الصبي إلا سفيهاً، والضمير في: (**أَتْلَفَهَا**) عائد على السلعة المبيعة، ويعلم من ذلك حكم الوديعة والمقرض [٥٦٨/ ب]، قاله ابن عبد السلام.

خليل: ويحتمل أن يعود على الوديعة، ويعلم من ذلك حكم المبيع والمقرض، ويرجحه أن الباب معقود للوديعة فكان النص على حكمها أولى.

وقوله: (**لَمْ يَضْمَنْ وَلَوْ أَذِنَ لَهُ أَهْلُهُ**) فاعل (**يَضْمَنْ**) عائد على أحدهما لا بعينه - أعني: الصغير والسفيه - وإنما لم يضمنا؛ لأن صاحب السلعة قد سلط عليها من هو محجور عليه، ولو ضمن المحجور عليه لبطلت فائدة الحجر.

اللخمي وغيره: إلا أن يصرفا ذلك فيما لابد لهما منه، فليرجع عليهما بالأقل مما أتلفا أو صونا به مالهما.

اللخمي: فإن ذهب ذلك المال ثم أفاد لم يتبعهما فيه.

واعلم أن المصنف إنما تكلم على حكم إيداعهما بعد الوقوع لا على ذلك ابتداءً، نعم قد يؤخذ ذلك مما قدمه، فإن قوله: (**كَالْوَكِيلِ وَالْمُوَكِّلِ**) يقتضي أنهما لا يودعان.

وفي المدونة أن الصبي إذا قبض الوديعة بإذن أبيه وأتلفها: إنه لا يلزمه شيء ولا ينبغي ذلك لأبيه.

أبو الحسن: ولا ينبغي هنا على بابه؛ لأنه لا يتحقق أنه يضيعها أو يتلفها، ولا يتحقق أنه يحفظها؛ فلذلك كره لأبيه أن يأذن له وكذلك الوديعة.

وقال اللخمي: لا ينبغي أن يودع صبي ولا سفيه؛ لأن ذلك تعريض لإضاعة المال.

وَتَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ عَاجِلاً

يعني: أن العبد الذي أذن له في التجارة إذا تعدى في الوديعة بأحد وجوه التعدي فإنها تتعلق بذمته، ولا يكون للسيد إسقاطها كسائر الديون. وأما إن لم يتعد فهي على الأمانة. ونص المصنف على حكمها؛ لأنه قد يتوهم أنها تخالف الديون؛ لأن الديون باشرها إذن السيد في التجارة، بخلاف الوديعة فإن السيد لم يأذن، ووجه إلحاقها بالديون أنها من عوارض التجارة التي لابد منها عادة فإنَّ إذنَ السيد وإن لم يدل عليها مطابقة فقد دل عليها التزاماً.

أما قوله: (**عَاجِلاً**) أي: كالحر. وحكى أشهب أنها تتعلق بذمته إلا أنها لا تؤخذ الآن.

وَبِذِمَّةِ غَيْرِهِ إِذَا عَتَقَ دُونَ رَقَبَتِهِ مَا لَمْ يُسْقِطْهَا السَّيِّدُ، وَقَالَ أَشْهَبُ: إِنْ كَانَ مِثْلُهُ يُسْتَوْدَعُ فَكَالْمَأْذُونِ لَهُ، وَقِيلَ: إِنِ اسْتَهْلَكَهَا فَجِنَايَةٌ فِي رَقَبَتِهِ ....

الأول مذهب المدونة، ووجهه أن السيد يقول: هو عبدي ولم آذن له في التجارة، فلي أن أسقطها عن ذمته. وليس بجناية حتى تتعلق برقبته؛ لأن ربها سلطه عليها.

قوله: (**وَقَالَ أَشْهَبُ.... إلخ**) ظاهره أن كلام أشهب خاص بغير المأذون، وأن أشهب يوافق على الحكم الذي قدمه في المأذون، ألا ترى إلى التشبيه الذي ذكره في قول أشهب بقوله: (**فَكَالْمَأْذُونِ**) والذي نقله صاحب النوادر واللخمي وابن يونس أن أشهب قال في كتابه في العبد المحجور عليه يتلف وديعة أُودِعَها: إن كان مثله يستودع فهي في ذمته رق أو عتق، وإن كان وغداً لا يستودع مثله فلا شيء عليه في رقه - رد ذلك عليه سيده أو لم يرده - حتى يلي نفسه بالعتق. **ابن يونس**: فيتبع.

وإذا استأجر عبده الوغد فلسيده أن يبطل عنه ما أتلف من أمانته؛ لأن مثله لا يودع، فيؤخذ من هذا أن موجب تعلق الوديعة بذمة العبد هو كونه غير وغد؛ أي: يودع مثله، والإذن عنده وصف طردي.

وأنكر سحنون قول أشهب هذا، وإنكاره صحيح؛ لأن كون العبد ممن يستودع مثله لا يوجب على السيد ما لم يلتزمه بأخذ مال عبده في الحال، ولأن عليه ضرراً في إبقاء الدين في ذمة عبده.

ولهذا قال أبو عمران: إن باعه السيد قبل أن يعلم بذلك واطلع عليه المشتري - فليس له إبطال ما في ذمته، لكن له رده، ثم لسيده الإبطال كما في النكاح.

قوله: (**وَقِيلَ: إِذَا اسْتَهْلَكَهَا فَجِنَايَةٌ فِي رَقَبَتِهِ**) **ابن عبد السلام**: هذا القول حكاه يحيى بن عمر، وظاهره يقتضي أن العبد إذا باشرها بالإتلاف - سواء كان عن انتفاع كما لو أنفقها، أو لا كما لو رمى بها في البحر- فإنها تكون جناية في رقبته، كما لو لم يأذن له السيد، وإنها إن تلفت عنده بتضييع فإنها لا تكون جناية، ثم يحتمل بعد ذلك أن تتعلق بذمته، وهو الأقرب أو لا تتعلق بذمته. انتهى.

وكلام المصنف يدل على أن هذا القول خاص بغير المأذون. وفي اللخمي قال يحيى ابن عمر هي جناية في رقبته إذا كان مأذونا له.

فرع:

وإذا أتى المحجور عليه إلى رجل فقال له: سيدي أمرني أن أستعير منك كذا فصدقه ودفع إليه ما ذكر وأنكر السيد- فقيل: للسيد طرح ذلك عن ذمة العبد بعد يمينه أنه ما بعثه، وقيل: ليس له ذلك. **ابن يونس**: والأول أشبه.

أشهب: وإن أراد أن يودع رجلاً فقال له: ادفعها إلى عبدي ففعل فاستهلكها العبد - فهي في ذمته ولا شيء على السيد وإن غره من العبد.

ابن عبد الحكم: ولا تكون في ذمة العبد بإقراره أنه استهلكها حتى يقوم بينة باستهلاكه إياها.

وَيَضْمَنُ بِالإِيدَاعِ وَالنَّقْلِ وَالْخَلْطِ وَالانْتِفَاعِ وَالْمُخَالَفَةِ وَالتَّضْيِيعِ وَالْجُحُودِ

لَمَّا ذكر أن الوديعة أمانة أخذ يذكر الأسباب التي يكون المودع بها متعدياً، وهي سبعة كما ذكر، ثم أخذ يتكلم على الأول فقال:

فَإِنْ أَوْدَعَ لِعُذْرٍ كَعَوْرَةِ مَنْزِلِهِ أَوْ لِسَفَرِهِ عِنْدَ عَجْزِ الرَّدِّ - لَمْ يَضْمَنْ

نحوه في المدونة. وقيد أشهب عدم الضمان لعورة المنزل بها إذا حدث ذلك أو زاد على ما علمه رب الوديعة، قال: وإن استودع وديعة وهو في خراب يخاف عليها فأودعها لغيره في أعمر منه؛ فإن كان ربها قد علم بخراب مكانه وخوفه، ولم يزد خرابه إلى ما هو أخوف فالمودع ضامن. وإن زاد خراب موضعه وخوفه على ما كان فلا شيء عليه في إيداعه لغيره، وهو تقييد لقول ابن القاسم.

وقد ذكر صاحب النكت واللخمي معنى قول أشهب تقييد المدونة ولم ينسباه لأشهب.

اللخمي: وإن كان صاحبها غير عالم ضمنها وسواء ضاعت عنده أو عند غيره، إلا أن يكون ضياعها [٥٦٩/ أ] عنده لم يكن من السبب الذي يخاف منه.

وقوله: (**عِنْدَ عَجْزِ الرَّدِّ**) يعني: وأما إن كان صاحبها حاضراً فليردها إليه، وإن لم يفعل ضمن، وظاهره كظاهر المدونة أنه لا فرق في الوديعة بين أن تكون عيناً أو عرضاً.

وقال اللخمي: قد يُحمَل قولُ ابن القاسم: أنه يودعها إذا خاف عورة منزله. على أن الوديعة كانت ثياباً أو عرضاً، ولو كانت دنانير أو ما أشبه ذلك مما يكتم في الأرض ولا يخاف ممن يضطره إلى إخراجها - لم يكن له أن يودعها.

أبوالحسن: وهذا لا يسلم؛ لأن صاحبها لو أراد دفنها لدفنها. وقال **ابن عبد السلام**: قد يقال: إن الدفن غير سائغ، وذلك إذا لم يخبر أحداً بها؛ لأنه عرضها للتلف، وإن أخبر فذلك في معنى إيداع الغير.

ودل كلام المصنف بالمفهوم على أنه لو أودع لغير عذر أنه يضمن- وهو صحيح - ولو أودع من هو أقوى أمانة منه؛ لأن من حجة صاحبها أن يقول لم أرض إلا بأمانتك، ولهذا قال في النكت: الفرق بين الوديعة - في أنه لا يودعها لغيره - وبين اللُّقَطَة - يدفعها لغيره ممن هو في مثل حاله - أن الوديعة إنما رضي صاحبها أمانته بخلاف اللُّقَطَة.

اللخمي: وإذا أودعها لعذر السفر ثم عاد من سفره؛ فإن سافر ليعود كان عليه أن يأخذها ويحفظها؛ لأنه التزم حفظها حتى يأتي صاحبها فلا يسقط عنه العذر الذي سافر فيه، وإن كان سفره على وجه الانتقال ثم عاد، كان له أن يأخذها، وليس ذلك بواجب عليه.

وَلَوْ لَمْ يَشْهَدْ

يعني: إذا تبين الوجه الذي لأجله أودع؛ من عورة منزل أو سفر- فلا ضمان عليه وإن لم يشهد على الإيداع، وهكذا في المدونة، وزاد فيها أنه لا يُصَدَّقُ في أنه خاف عورة موضعه أو أراد سفراً فأودعها لذلك.

وخرج اللخمي في هذا الوجه خلافاً لما وقع لابن القاسم فيمن اكترى دابة فلما قدم قال: أودعتها؛ لأنها وقفت علي في الطريق - أنه يصدق، فعلى هذا يصدق في الوديعة أنه أودعها؛ لخوف موضعه أو لأنه سافر وخفي أمره، ولم يعلم هل سافر أم لا؟ وهو في الوديعة أبين؛ لأنه لا يتوهم أحد أن يخرج الوديعة من يده لغير عذر. قال: ومحمَلُ قول ابن القاسم: أنه يصدق إذا ثبت الخوف أو السفر في الإيداع. على أن المودع صدقه في قبضها ويقول: إنها ضاعت، فأما إن كذبه وقال: لم يدفع إلي شيئاً لم يصدق على أصله في كل من أمر أن يدفع إلى غير التي ائتمنته - إلا ببينة.

وقال عبد الملك: يصدق، وبه أرى أن يُقضَى اليوم؛ لأن الشأن دفع الودائع بغير بينة. انتهى.

أبو محمد: وإذا علم سفره أو عورة منزله، وأودع الوديعة بغير بينة وأنكرها المودع لا ضمان عليه.

ابن يونس: ينبغي على أصولهم الضمان؛ لأنه دفع إلى غير من ائتمنه، ولكن لا يضمنونه للعذر.

وَلَوْ سَافَرَ بِهَا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى إِيدَاعِ أَمِينٍ ضَمِنَ

تصوره ظاهر.

وَضَمِنَ لأنه عرضها للضياع، وظاهر كلامه سواء سافر على وجه الانتقال بأهله وولده أم لا، وقد نص في الكافي على الضمان ولو كان وجه الانتقال بالأهل والمال.

ومفهوم قوله: (**مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى إِيدَاعِ أَمِينٍ**) أنه لم يجد من يودعها عنده؛ لكونه بقرية وخشي عليها إن تركها أنه لا يضمن إذا خرج بها، وهكذا نص عليه اللخمي، وهو ظاهر، وما ذكره من الضمان نحوه في المدونة، ففيها: وإن سافر فحمل الوديعة معه ضمن.

وقال فيها: عن مالك في امرأة ماتت بالإسكندرية فكتب وصيها لورثتها وهم بالمدينة فلم يأت منهم خبر، فخرج بتركتها إليهم فهلكت في الطريق فهو ضامن حين خرج بها بغير أمر أربابها.

فقوله: حين خرج بها بغير أمر أربابها. هو علة الضمان عنده، وبه يتم لابن القاسم الاستشهاد على قوله: " وإن سافر فحمل الوديعة معه ضمن " وإلا فكان لقائل أن يفرق بأن مسألة مالك خرج فيها المودع من بلده لا لموجب بل لسبب الوديعة وذلك ليس عذراً صحيحاً في سقوط الضمان، ومسألة ابن القاسم في المسافر لحاجة نفسه واستتبع الوديعة معه ولم يخرج بسبب الوديعة، فلم يتعد فيها فلا يضمن. لكن لما كانت علة الضمان عند

مالك إنما هي خروجه بالوديعة بغير أمر أربابها وهذا المعنى حاصل في مسألة ابن القاسم صح اشتراكهما في الحكم، وهذا هو المشهور.

وقال أصبغ: للقاضي أن يبعث المال إلى ورثة المُودِع من بلد إلى بلد، هكذا قال ابن عبد السلام، قال: وهو خلاف لقول ابن القاسم.

زاد اللخمي وابن راشد في قول أصبغ: بخلاف الوصي يبعث بها فتضيع، فإنه يضمن.

فرع:

قال في المدونة: وإذا أودعت مسافراً مالاً في سفره فأودعه فضاع ضمن.

اللخمي: قال ابن القاسم وأشهب: إلا أن يضطره لصوص فيسلمها لمن ينجو بها، ومحمل ذلك أن الذي يسلمها إليه لا يخشى جنايته فيها، ولو طرحها عندما غشيته لصوص ثم لم يجدها لم يضمن.

فَلَوْ رَجَعَتْ سَالِمَةً لَمْ يَضْمَنْ

الأقرب: فلو رجعت بعد أن سافر بها سالمة. **ويحتمل**: فلو رجعت بعد أن أودعها لغيره من غير عذر. ويحتمل: أن يريدهما. وجوز ابن عبد السلام الاحتمالات الثلاث، والأظهر الأول؛ لأنه تفريع على ما دل عليه كلامه بالمطابقة، وهو قوله: (**سَافَرَ بِهَا مَعَ الْقُدْرَةِ**) والثاني تفريع على ما دل عليه كلامه بالالتزام؛ لأن مفهوم قوله: (**فَإِنْ أَوْدَعَ لِعُذْرٍ**) أنه لو أودع لغير عذر أنه يضمن ولأنه أقرب، واقتصر **ابن راشد** على الاحتمال الثاني، والحكم في الجميع سواء وهو عدم الضمان؛ لأن الموجب للضمان قد زال، ثم أخذ يتكلم على السبب الثاني وهو النقل.

فَلَوِ اسْتُوْدِعَ جِرَاراً وَشِبْهَهَا فَنَقَلَهَا نَقْلَ مِثْلِهَا فَتَكَسَّرَتْ لَمْ يَضْمَنْ، وَلَوْ سَقَطَ مِنْ يَدِهِ شَيْءٌ فَكَسَرَهَا ضَمِنَ؛ لأَنَّهَا جِنَايَةُ خَطَإٍ ....

احترز بنقل مثلها مما لو نقلها غير نقل مثلها؛ فإنه يضمنها. ولو سقط من يده عليها شيء ضمن؛ لأنها جناية خطأ، والخطأ والعمد في أموال الناس سواء، وهذا كما قالوا فيمن أتى إلى فخار فقال له: قلب شيئاً هل يعجبك؟ فوقع ما في يده على شيء تحته إنه لا ضمان عليه فيما في يده للإذن له في ذلك، وضمن ما تكسر أسفل؛ لأنه جناية خطأ [٥٦٩/ ب].

وَلَوْ رَفَعَهَا عِنْدَ زَوْجَتِهِ أَوْ خَادِمِهِ الْمُعْتَادَةِ عِنْدَهُ لِذَلِكَ لَمْ يَضْمَنْ، خِلافاً لأَشْهَبَ

الأحسن في التصنيف ذكر هذا الفرع قبل النقل كما في الجواهر؛ لأنه من فروع السبب الأول، وظاهر كلامه أن أشهب مخالف في الزوجة والأمة، وهو تأويل صاحب البيان وغيره، وإن كان أشهب لم ينص على حكم الزوجة بالتعيين.

وقوله: (**أَوْ خَادِمِهِ**) قال في المدونة: وكذلك إن دفعه إلى عبده أو أجيره الذي في عياله، ويصدق أنه دفعه إلى أهله وإن لم تقم بينة، وضمنه فضلٌ في الأجير والعبد دون المرأة والخادم.

عياض: وهو ضعيف ولا فرق بين المرأة والخادم والأجير.

وقوله: (**الْمُعْتَادَةِ عِنْدَهُ**) احترز به مما لو لم تكن عادته ذلك فإنه يضمن.

عبد الحق وغيره: كما لو كان بفور ما تزوج الحرة واشترى الأمة؛ لأنه لا يثق بهما، وعلى هذا فلو قال المصنف: (المعتادتين) لكان أحسن.

وأعلم أن مالكاً أطلق نفي الضمان وقيده ابن القاسم بأن تكون العادة إيداعها، وحمل بعضهم ذلك على الخلاف، وأكثرهم حمل قوله على التفسير لقول مالك، وهو ظاهر

الكتاب. وكذلك اختلف في قول أشهب هل هو خلاف لقول ابن القاسم وروايته عن مالك أم لا؟

قال في البيان: وقيل: إِنَّ قول أشهب ليس بخلاف، وأن المعنى في ذلك أن يضمن إذا عرف الناس أنهم لا يدفعون أموالهم إلى أهاليهم. فكل منهم تكلم على غير الوجه الذي تكلم عليه صاحبه؛ لأن قولهما مختلف. فعلى هذا لا يختلف إذا علم عرف الناس في البلد، وإنما يختلف إذا جهل العرف؛ فأشهب يُضَمِّنُه حتى يقيم البينة أن العرف في البلد أن الناس يأتمنون أهلهم على أموالهم ويدفعونها لهم، وابن القاسم لا يُضَمِّنُه حتى يقيم صاحب الوديعة البينة أن العرف والعادة في البلد أن الناس لا يرفعون أموالهم عند أهلهم ولا يأتمنونهم عليها، والأظهر أنه اختلاف من القول، فيتحصل على هذا في المسألة ثلاثة أقوال، يفرق في الثالث بين أن تكون العادة الدفع فلا يضمن أو عدم الدفع فيضمن. انتهى بمعناه.

قال في النكت: ويحلف أنه دفع إلى زوجته إذا أنكرت إن كان متهماً، وإلا فلا يمين عليه، وإن وجبت يمينه لكونه متهماً فنكل غرم، وله أن يحلف زوجته. وإن نكل وهو معسر كان لرب الوديعة يمينها، كانت متهمة أم لا؛ لأنها تقوم مقام الزوج في مطالبتها باليمين، كما يتبع الإنسان غريم غريمه، وقاله بعض شيوخنا من بلدنا، وقال ابن يونس: الذي يظهر لي توجه اليمين إذا أنكرت الزوجة كان متهما أم لا؛ لأن هنا من يدعي تكذيبه فكان كمدعي رد الوديعة.

ابن عبد السلام: إن أراد ابن يونس أن التهمة مع تكذيب الزوجة أقوى مما إذا لم يكن هناك من يكذبه فقريب، وإن أراد أنها محققة كمدعي الرد فقد يقال: إن المكذب للمودع في مسألة دعواه على الزوجة هو غير رب الوديعة، وربها لا يحقق عليه الدعوى فلم تخرج عن أن تكون يمين تهمة، بخلاف مدعي رد الوديعة؛ فإن صاحبها يدعي تكذيبه بدعوى محققة، والله أعلم.

وَمَتَى مَاتَ وَلَمْ يُوصِ بِهَا وَلَمْ تُوجَدْ ضَمِنَ، قَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ: مَا لَمْ تَتَقَادَمْ كَعَشْرِ سِنِينَ ....

يعني: إذا مات مَنْ عنده الوديعة ولم يوص بها ولا وجدت في تركته، فحمله مالك على تسلفها، فأوجب أخذها من تركته إلا أن يتقادم الأمر، كعشر سنين، فيحمل الأمر على أنه ردها.

مالك في العتبية: والسنة يسير، قال في البيان: قيل: وهو خلاف لما في كتاب الشركة من المدونة في الشريكين يموت أحدهما فيقيم شريكه البينة أنه كانت عنده مائة من الشركة، فلم توجد ولا أعلم لها مسقطاً، أنها تكون في ماله إلا أن تطول المدة، أرأيت لو كان ذلك قبل السنة لكان يؤخذ من ماله. وقيل: ليست بخلاف لها، وهو الصحيح، والفرق بينهما أن للشريك التصرف في المال، وليس للذي يودع أن يتصرف فيما أودع.

وفي اللخمي: ومن كانت عنده وديعة فذكر عند موته أنها في موضع كذا فلم توجد فمصيبتها من صاحبها؛ إذ يقول الميت: لم أتسلفها. واختلف إذا لم يذكر شيئاً حتى مات هل تكون في ذمته؟ واختار هذا التفرقة، فإن كانت عيناً فَحَمْلها بعد موت المودع على السلف، وفي العرض على السلف، وفي المكيل والموزون في الحاضرة على التلف، وفي البادية على السلف.

ولابن القاسم في العتبية: إذا ترك ودائع ولم يوص فتوجد صرر مكتوب عليها لفلان وفيها كذا، ولا بينة على إيداعه فلا شيء له إلا ببينة أو بإقرار الميت، ولعله مانع أهل الميت.

وقال عنه عيسى فيمن بيده ودائع وهو يعلم أنه ينفق منها، فيوصي بودائع، فيوجد في تابوته كيس فيه دنانير مكتوب أنها لفلان وعددها كذا، فيوجد أقل: فإن ثبت خطه ببينة كان ما نقص في ماله، وإلا حلف الورثة أنهم لا يعلمون من ذلك شيئاً.

أصبغ: وكذلك لو وجد خط يد صاحب المال على الكيس مع وجوده في حوز المستَودَع حيث أمن - فإنه يقضى له به.

أصبغ: وهذا على قول من يقول يقضى له بالخط. ولابن دحون أنه لا يقضى له بها؛ لاحتمال أن يكون بعض الورثة أخرجها له، ويكتب عليها اسم المذكور ويَأْخُذ على ذلك جعلاً. ولا خلاف أنه لا يقضى له بها إذا وجد عليها اسمه ولا يدري من كتبه.

وَفِيهَا: وَإِنْ بَعَثْتَ بِضَاعَةً إِلَى رَجُلٍ بِبَلَدٍ فَمَاتَ الرَّسُولُ بَعْدَ وُصُولِهِ، وقَالَ الْمُرْسَلُ إِلَيْهِ: لَمْ يُوصِلْهَا فَلا شَيْءَ فِي تَرِكَتِهِ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلُ فَفِي تَرِكَتِهِ، وَقَالَ سُحْنُونٌ: رِوَايَةُ سُوءٍ، وَعَكَسَ مُحَمَّدٌ فِيهِمَا، وَقَالَ أَشْهَبُ: فِي تَرِكَتِهِ فِيهِمَا ....

لفظ التهذيب: وإن بعثت بمال إلى رجل. وهو أحسن من كلام المصنف؛ لشمول المال البضاعة وغيرها، لكن في اختصار ابن يونس: بمال بضاعة. وحاصل مذهب المدونة [٥٧٠/ أ] التفرقة، فإن مات الرسول بعد وصوله وزعم المرسل إليه أنه مات قبل وصوله بذلك - فذلك في تركته.

اللخمي وابن يونس: ووجهه أنه مات في الطريق ولم توجد فَحُمِلَ على أنه تعدى عليها، وإن مات بعد وصوله حمل على أنه دفعها، ولو كان خفا لأخبر بمن يشهد له.

(وَعَكَسَ مُحَمَّدٌ فِيهِمَا) أي: في الصورتين بعد الوصول وقبله.

اللخمي وابن يونس: ووجهه أنه محمول قبل الوصول على الضياع لا على التعدي؛ لأن الأصل في الوديعة الأمانة، وأما بعده؛ فلأن عليه الإشهاد، ولا يخفى ذلك على ورثته إذا بحثوا عنه.

(وَقَالَ أَشْهَبُ: فِي تَرِكَتِهِ فِيهِمَا) أي: في الصورتين. ولا يخفى عليك إنكار سحنون، ولكن لا يؤخذ منه أنه اختار قول أشهب كما نقله غيره.

ابن يونس: وأخذ محمد بقول أشهب، وعلى هذا ففي قوله: **(وَقَالَ مُحَمَّدٌ)** نظر؛ لأنه يوهم أنه اختاره، وليس كذلك، بل اختار قول أشهب، وإنما ذلك في كتاب عياض بعد ذكر مذهب الكتاب، وخالف أشهب في هذا وقال: هو ضامن. وحمله أكثرهم على الخلاف. وتأول حمديس قوله في الكتاب: فيما تطاول. وأن الذي يجيء على أصله في العرف أنه يضمن.

ابن عبد السلام: وقد يخرج في هذه المسألة من التي قبلها قول بنفي الضمان مطلقاً.

أَمَّا لَوْ لَمْ يَمُتْ وَأَكْذَبَهُ لَمْ يُصَدَّقْ إِلا بِبَيِّنَةٍ، وَلَوْ صَدَّقَهُ الْمُرْسَلُ

لأنه لما دفع إلى غير اليد التي ائتمنته كان عليه الإشهاد، فلما تركه صار مفرطاً، فلذلك ضمن ولو صدقه المرسل إليه. وعلى قول ابن الماجشون في هذا الأصل لا يضمن إلا أن يقول اقض عني فلاناً، هكذا نقل ابن راشد، وهذا كله إنما هو في الوكيل المخصوص، وأما المفوض فلا.

قال في المدونة: وإن بعت من رجل عبداً أو بعثت معه عبدك أو أجيرك ليقبض الثمن فقال قبضته وضاع مني، فإن لم يقم المشتري بينة بالدفع إلى رسولك ضمن، بخلاف من دفعت إليه مالاً ليدفعه إلى رجل، فقال: دفعته إليه بغير بينة، وصدقه الرجل، هذا لا يضمن.

ثم تكلم على الخلط فقال:

وَلَوْ خَلَطَ قَمْحاً بِقَمْحٍ أَوْ دَرَاهِمَ بِدَنَانِيرَ لَمْ يَضْمَنْ

فهم من كلامه أنه يَضمَن في غير هاتين الصورتين، وهذا المفهوم يقرب من الصريح؛ لأنه لما ذكر أولاً أن الخلط من أسباب التعدي صار الضمان بالخلط هو الأصل.

ثم أخرج هاتين الصورتين:

الأولى: أن يخلط مثلياً بمثله جنساً وصفة ويتعذر التمييز، وهذا هو المشهور. وضمنه عبد الملك في ثمانية أبي زيد، وهو ظاهر؛ لأن القمح ونحوه يراد بعينه، بدليل انتقاض البيع باستحقاقه.

خليل: وينبغي أن يقيد المشهور بما إذا استوت مكاسبها أو تقاربت، أما إذا اختلفت صفة القمح فإنه يضمن اتفاقاً. ثم المشهور مقيد في المدونة بما إذا كان الخلط على وجه الاحراز.

عياض: وإنما لا يضمن إذا كان هذا وشبهه من النظر، كما إذا كان الخلط أرفق وأحرز ونحو ذلك. انتهى.

الصورة الثانية: أن يخلط جنساً بغير جنسه ويمكن التمييز بلا كلفة، كدنانير مع دراهم، أو كقطن مع كتان، أو دراهم مع دراهم مختلفتين، فقال ابن الماجشون: في المبسوط إن كانت الأولى كثيرة فخلطها بدراهم قليلة لم يضمن، وإن خلطها بمال عظيم حتى أشهرها ضمن.

اللخمي: وهذا يحسن إذا كانت في موضع لا يضمن ذلك منه، وأما إن كانت في تابوت أو صندوق فلا ضمان؛ لأن السارق يقصد التماس الدنانير والدراهم من مثل ذلك.

وما قاله اللخمي يؤخذ من قول عبد الملك حتى أشهرها بذلك.

ثم تكلم على الانتفاع فقال:

وَلَوْ لَبِسَ الثَّوْبَ أَوْ رَكِبَ الدَّابَّةَ فَهَلَكَتْ فِي ذَلِكَ ضَمِنَ، فَإِنْ رَدَّهَا عَلَى حَالِهَا فَهَلَكَتْ بَرِئَ، وثَالِثُهَا : إِنْ كَانَ بِإِشْهَادٍ ....

(**فَهَلَكَتْ فِي ذَلِكَ ضَمِنَ**) أي: في خلال الانتفاع (**ضمن**) أي: لتعديه.

وقوله: (**فَإِنْ رَدَّهَا عَلَى حَالِهَا .... إلخ**) أي: قول بأنه لا يضمن بدعواه أنه ردها ولو لم يشهد. وعلله ابن رشد بأنه إنما يعلم من قبله.

وقول بأنه لا يبرأ إلا أن يردها إلى صاحبها سواء ادعى أنه ردها سالمة بعد انتفاعه أو قامت له بذلك البينة. وهذا القول حكاه ابن سحنون عن بعض الأصحاب.

والقول الثالث: إن ردها بعد الانتفاع بإشهاد برئ، وإن لم يكن إلا دعواه لم يبرأ. وهو قول سحنون؛ لأنه قال: إن أقر أنه لبس ثوباً وديعة، أو ركب دابة وقال: هلكت بعد ما نزلت عنها - فهو ضامن؛ قال: لأنه لما ركبها ضمنها بالتعدي. ولو أقام البينة أنه نزل عنها سالمة ثم تلفت برئ من ضمانها. وأجرى ابن يونس هذا الخلاف على الخلاف في رده لما تسلف من الوديعة.

ولمحمد قول رابع: إن أقر المودع بالانتفاع ولم يعلم ذلك إلا من قوله وادعى أنها إنما هلكت بعد أن ردها سالمة - فالقول قوله مع يمينه، وإن قامت بذلك بينة فلا يصدق أنه ردها إلى موضعها إلا ببينة. قال: وهو قول أصحابنا.

ابن يونس: وهذه الأقوال هنا جارية على اختلاف قول مالك في رده لما تسلف من الوديعة. ولو قال: ركبتها بإذن ربها وأنكر ربها- فالقول قوله مع يمينه. قاله سحنون.

وَمُسْتَلِفُ الْوَدِيعَةِ إِنْ كَانَ مُعْدَماً لَمْ يَجُزِ اتِّفَاقاً، وَإِنْ كَانَ لَهُ وَفَاءٌ وَهِيَ نَقْدٌ فَجَائِزٌ إِنْ أَشْهَدَ، وَقِيلَ: مَكْرُوهٌ. فَإِنْ كَانَتْ عَرْضاً لَمْ يَجُزِ اتِّفَاقاً، وَإِنْ كَانَت مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ فَقِيلَ: كَالنَّقْدِ، وَقِيلَ: كَالْعَرْضِ

أي: لم يجز السلف للمعدم بها؛ لضرره بها بعدم الوفاء.

ابن عبد السلام: وفي معناه من كانت الوديعة قدر جملة ماله أو تزيد بيسير؛ لأن استخلاص الوديعة من هذا بعد إنفاقها عسير، وإن كان ملياً؛ فإما أن تكون الوديعة عيناً أو عرضاً، مقوما أو مثلياً، فذكر في النقد قولين.

وحكى اللخمي أربعة [٥٧٠/ ب] أقوال؛ منع ذلك في كتاب اللقطة، وكرهه في العتبية، ثم أجازه إذا أشهد على تسلفها، وقال عبد الملك: إن كانت مربوطة أو مختومة لم يجز، وإن كانت بغير رباط ولا ختم جاز.

والكراهة نص عليها في المدونة في كتاب الوديعة.

والأصل المنع؛ لأنه تصرف في ملك الغير، وهو غير جائز إلا بعد العلم بطيب نفس مالكه. وهو غير محقق. وإن كان الشيء المودع عرضاً لم يجز تسلفه اتفاقاً؛ إذ لو جاز ذلك لكان مشترياً له بغير إذن مالكه.

قوله: (**وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ....إلخ**) يحتمل أن يريد بقوله: (**كَالنَّقْدِ**) أي: فيأتي القولان بالجواز والكراهة، وبقوله: (**كَالْعَرْضِ**) أي: فلا يجوز. وعلى هذا يكون اختلاف طريقة، ولكن هذا يعز وجوده وإنما يريد (**كَالنَّقْدِ**) فيجوز، و(**كَالْعَرْضِ**) فلا يجوز. على أن الجواز ليس بمنصوص، وإنما خرجه اللخمي، ويتبين ذلك من كلامه، قال: وأما القمح والشعير والزيت وشبهه فظاهر قول ابن القاسم في المدونة أنه إن تسلفها مضت على وجه السلف؛ لأنه أجاز إذا تسلفها أن يخرج المثل من ذمته كالدراهم، فلو كانت مما تختلف فيه الأغراض كالعروض -لم يصح إخراج المثل ولم يجز السلف، وعلى قول ابن عبد الحكم: إنه يضمن بالخلط بالمثل لا يجوز تسلفها. وقال محمد: فيمن استودع حنطة فباعها لنفسه كان لصاحبها أن يأخذ الثمن إن شاء فلم يجز السلف. وهو أحسن. انتهى.

وقد يقال أنه لا يؤخذ من المدونة الجواز ولا الكراهة؛ لأنه إنما قال: إذا تسلفها ثم ردها عادت إلى حكم الوديعة. ولا يلزم من عودها إلى حكم الوديعة جواز الإقدام على تسلفها ولا الكراهة؛ لاحتمال أن يقال هو ممنوع ابتداء؛ لأنه تصرف في ملك الغير، والغالب كراهته لذلك، وإنما رجعت بالرد إلى الوديعة؛ لأن ربها إنما يكره التصرف ابتداءً لا الرد، هكذا أشار ابن عبد السلام.

وَإِذَا تَسَلَّفَ مَا لا يَحْرُمُ تَسَلُّفُهُ ثُمَّ رَدَّ مِثْلَهَا مَكَانَهَا فَتَلِفَ الْمِثْلُ بَرِئَ عَلَى الْمَشْهُورِ، وثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ بِإِشْهَادٍ، ورَابِعُهَا: إِنْ كَانَتْ مَنْشُورَةً بَرِئَ ....

وفي بعض النسخ: (**إِنْ كَانَتْ مَنْثُورَةً**) بالثاء قبل الواو. وهذا الرابع لابن الماجشون، والثلاثة لمالك. والمشهور مذهب مالك وابن القاسم في المدونة وبه قال أشهب وأصبغ وابن عبد الحكم. وبمقابله قال المدنيون، وفي الموازية: إنه يشترط ردها بالبينة إذا تسلفها وإلا فلا يحتاج في ردها إليها، وهو قول خامس.

ويدخل في قوله: (**مَا لا يَحْرُمُ تَسَلُّفُهُ**) النقد والمثلي على القولين.

وعبر اللخمي عن هذه المسألة بما إذا أخرج الدراهم والدنانير من ذمته إلى أمانته. وعلى المشهور فلا يُصَدَّقُ إلا بيمين، قال أشهب: وكذلك في الموازية.

وخرج من قوله: (**مَا لا يَحْرُمُ تَسَلُّفُهُ**) المعدم للنقد، وفيه نظر؛ لاحتمال أن يقال بالضمان لتعديه أولاً وبعدمه؛ لأنا إنما منعناه لأجل عدم إمكان الرد، فإذا رد فقد أُمِنَتِ العلة.

ابن شعبان: وإذا قال صاحبها للمودع: تسلف منها إن شئت، فتسلف منها، وقال: رددتها فهذا لا يبرئه رده إياها إلا إلى ربها.

اللخمي وصاحب البيان: وهذا لا يختلف فيه؛ لأن السلف من المالك فصارت كسائر الديون.

ثم تكلم على المخالفة فقال:

وَإِنْ قَالَ: لا تُقْفِلِ الصُّنْدُوقَ فَأَقْفَلَهُ ضَمِنَ

هذا الفرع لابن عبد الحكم ووجهه أن السارق يطمع في المقفول أكثر من غيره. ومال اللخمي إلى عدم الضمان؛ لأن السارق يطمع في الصندوق كان عليه قفل أم لا، فلم يكن لزيادة الطمع وجه، كما إذا قال له اقفل بقفل فأقفل باثنين.

ابن عبد الحكم: وإن قال: أجعلها في التابوت ولم يزد لم يضمن بالقفل؛ لأن القفل في التابوت مأذون فيه بالعادة حتى يصرح بالنهي عنه. وكذلك قال ابن عبد الحكم إذا قال: اجعلها في قدر فخار فجعلها في سطل نحاس؛ لأن السارق عينه للنحاس أكثر، ولهذا صرح بنفي الضمان في العكس.

وَاقْفِلْ واحِداً فَأَقْفَلَ اثْنَيْنِ فَقَوْلانِ

القول بنفي الضمان لابن عبد الحكم، وهو الذي اقتصر عليه في الجواهر، وزاد: إلا أن يكون في حالة إغراء اللص فيضمن، والقول بالضمان مَالَ إليه ابن يونس. ولا أعلمه منصوصاً.

ثم أخذ يتكلم على التضييع فقال:

وَفِي كُمِّكَ فَتَرَكَهَا فِي يَدِهِ لَمْ يَضْمَنْ

لأن اليد أحفظ.

اللخمي: وكذلك لو تركها في وسطه. قال في الجواهر: إلا أن يكون أراد بجعلها في الكم إخفاءها عن غاصب فيضمن من يجعلها في يده.

وفِي جَيْبِهِ قَوْلانِ

هما خلاف في شهادة هل هذا أحفظ أو هذا؟ والأقرب نفي الضمان؛ لأن الجيب أحفظ لا سيما جيب أهل المغرب. وهو اختيار اللخمي. وأما الجيب الذي يقال له عندنا (المكتوم) فالكم أحفظ منه.

وَلَوْ سَعَى بِهَا إِلَى مُصَادِرٍ ضَمِنَهَا

يعني: لو مشى بها إلى ظالم فإنه ضامن، فـ(**مُصَادِرٍ**) على هذا اسم فاعل. و(**ضَمِنَ**) لتضييعها. ويصح أن تفتح الدال من (**مُصَادَرٍ**) ويكون اسم مفعول. والمعنى راجع إلى الأول؛ لأنه إنما يأخذها الظالم كإمام جائر.

وَلَوْ نَسِيَهَا فِي مَوْضِعِ إِيدَاعِهَا ضَمِنَ، بِخِلافِ إِذَا نَسِيَهَا فِي كُمِّهِ فَتَقَعُ، وقِيلَ: سَوَاءٌ ....

إذا نسيها في موضع إيداعها فقال مطرف وابن الماجشون وابن حبيب: عليه الضمان، بخلاف إذا نسيها في كمه فلا ضمان.

وقوله: (**وَقِيلَ: سَوَاءٌ**) يحتمل في نفي الضمان. ولم أر ذلك في الأولى منصوصاً، نعم خرجه جماعة من الثانية، وخرجه اللخمي وابن رشد من المودع مائة دينار فيدعيها رجلان ونسي أيهما أودعه، وممن اشترى ثوبين بالخيار من رجلين فاختلطا ولم يدر لمن الجيد منهما- فقد اختلف هل يضمن لهما أو لا يكون عليه [٥٧١/ أ] ضمان شيء؟

اللخمي: والعذر بالنسيان أبين؛ لأنه لا يعد بالنسيان مفرطاً ويحتمل أن يريد بقوله: (**سواء**) أي: في الضمان لكن لم أر من قال في الثانية بالضمان. والله أعلم.

أما إن أراد أن يأخذ ماله فأخطأ فأخذ الوديعة فسقطت منه فهو ضامن وليس كنسيانها في كمه؛ لأن هذا جناية بفعل غايته أنه خطأ. والخطأ والعمد في أموال الناس سواء.

ابن وهب: وإن دفعت إليه في المسجد فجعلها في نعله فذهبت لم يضمن.

اللخمي: يريد: إذا جعلها هناك بحضرته أو بعد أن غاب وكانت الوديعة ثياباً أو دراهم كثيرة أو كان الشأن ألا يجعل في كمه إلا عند القيام. وإن كانت صرة دنانير ضمن؛ لأنه فرط.

سحنون: ويضمن من أودع وديعة فصرها في كمه مع نفقته ثم دخل الحمام فضاعت ثيابه بما فيها.

ابن يونس: قال بعض الفقهاء لعله إنما ضَمَّنَهُ لدخوله بها الحمام.

وَمَنْ أَنْزَا عَلَى بَقَرٍ وشِبْهِهَا فَعَطِبَتْ بِهِ أَوْ مُتْنَ بِالْوِلادَةِ ضَمِنَهَا

هذه المسألة لا تناسب ما نحن فيه وكان الأولى لو قال عوض الانتفاع التعدي وأدرج هذا الفرع فيه. وشبه البقر كسائر الدواب والحيوان.

(**فَعَطِبَتْ بِهِ**) أي: بالإنزاء.

(**أَوْ مُتْنَ بِالْوِلادَةِ ضَمِنَهَا**) أي: سواء مُتْنَ بالولادة أو بالإنزاء. وهذا مذهب ابن القاسم في المدونة.

ونقل اللخمي عن مالك نفي الضمان إن ماتت بالولادة، وظاهره أن مالكاً صرح بذلك. قال: وقول ابن القاسم أصوب.

وكقول مالك هنا في نفي الضمان قوله: لا ضمان على المرتهن إذا زوج أمة الرهن وماتت من الولادة. وصوب بعضهم قول مالك، وهو المعروف من قوله: كما لو غصب حرة فزنى بها وهو غير محصن فحملت فماتت -إنه لا يقتل بها؛ لأنها ماتت بسببٍ آخر لا بنفس العداء، أو كمن غر بأمة فتزوجها على أنها حرة فماتت لم يضمن قيمة ولدها للأب إذا غرم الأب قيمته.

وأسقط أشهب الضمان إذا ماتت بالإنزاء، بل رأى أن له ذلك ابتداءً، فإنه قال: لا شيء عليه في الإنزاء إن نقص ذلك الولادة؛ لأن الولادة في الجواري ليست من فعله، إنما زَوَجَهُنَّ وكان الحمل من غيره.

ولو سألني في البهائم هل ينزي عليها قبل أن ينزيها؟ لرأيت ألا يدعها من الإنزاء؛ لأن ذلك مصلحة، ولم أضمنه في الجواري ما نقصهن النكاح؛ لأن ذلك النكاح لا يثبت وإن رضي به سادتهن. ولو كانوا ذكوراً لم يضمن شيئاً؛ لأن للسيد أن يجيزه فلا يضمنه، وقد أجاز فعله، وإن فسخه رجع العبد إلى حاله من غير نقص.

فرع:

ابن يونس: واختلف في إنزاء الراعي؛ فقال ابن القاسم: لا ضمان عليه؛ لأنه كالمأذون له، وضمنه غيره، وعكس ابن عبد السلام نسبة القولين في هذا الفرع. والله أعلم.

ثم تكلم على الجحد فقال:

وَإِذَا جَحَدَ أَصْلَهَا فَأُقِيمَتِ الْبَيِّنَةُ لَمْ يُقْبَلِ الرَّدُّ وَلَوْ بِبَيِّنَةٍ عَلَى الْمَشْهُورِ؛ لأَنَّهُ كَذَّبَهَا

يعني: إذا طلب منه الوديعة فأنكر أن يكون قد أودعه شيئاً، وهذا معنى قوله: (**إِذَا جَحَدَ أَصْلَهَا**) فأقام المودع البينة على الإيداع فأدعى بعد ذلك أنه ردها لم يقبل قوله أنه ردها، واختلف إذا أقام بينة على الرد، المشهور عدم قبولها؛ لأن قوله الأول مكذب لها، إذ قوله: لم يودعني شيئاً متضمن لعدم الرد، فإنَّ الرد فَرْعُ الإيداع.

اللخمي: وقيل: تقبل بينته. وهو أحسن؛ لأن من حجته أن يقول: إنما أنكرت لغيبة بينتي أو للاحتياج إلى تزكيتها ونحو ذلك.

ابن عبد السلام: وقوله: (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) راجع إلى الصورة الثانية لعدم وجود الخلاف في الأولى، على أنه لا يبعد وجود الخلاف منصوصاً عليه في الأولى، فأصول المذهب تدل عليه.

خليل: وقد حكى صاحب البيان في باب الصلح وابن زرقون في باب القراض فيمن أنكر أمانة وادعى ضياعها أو ردها لما قامت عليه البينة- ثلاثة أقوال:

الأول لمالك من سماع ابن القاسم: يقبل قوله فيهما.

الثاني لمالك أيضاً: لا يقبل فيهما قوله.

الثالث لابن القاسم: يقبل قوله في الضياع. وعلى هذا فالخلاف منصوص فيهما، ويمكن إعادة قوله: (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) على المسألتين.

ابن زرقون: وأما إن أقام بينة على ضياع القراض أو رده فالمشهور أنه تنفعه البينة بعد إنكاره. وحكى اللخمي عن محمد أنه لا ينتفع بها.

خليل: فانظر ما شهره المصنف مع ما شهره ابن زرقون فإن ذلك متعارض.

ابن زرقون: وأما إن أنكر شيئاً في الذمة أو أنكر الدعوى في الربع أو فيما يفضي إلى الحدود ثم رجع عن إنكاره لأمر ادعاه وأقام عليه بينة ففيها أربعة أقوال:

الأول لابن نافع: يقبل منه في جميع الأشياء.

الثاني لغير ابن القاسم في كتاب اللعان من المدونة: لا يقبل ما أتى به في جميع الأشياء.

الثالث لابن المواز: يقبل في الحدود دون غيرها.

الرابع: يقبل منه في الحدود والأصول، ولا يقبل منه ذلك في الحقوق من الديون وشبهها من المنقولات. وهو قول ابن القاسم في المدونة.

وَإِنْ طَلَبَهَا فَاعْتَذَرَ فَتَشَاحًّا فَحَلَفَ لا يُعْطِيهَا اللَّيْلَةَ ثُمَّ قَالَ فِي الْغَدِ: تَلِفَتْ قَبْلَ أَنْ يَلْقَانِي أَوْ بَعْدَهُ ضَمِنَ، إِلا أَنْ يَكُونَ أَخَّرَهَا لِعُذْرٍ

قوله: (**إِلا أَنْ يَكُونَ أَخَّرَهَا لِعُذْرٍ**) راجع إلى قوله: (**تَلِفَتْ... بَعْدَهُ**) وأما قبله فيضمن؛ لأن قوله: لا أعطيها الليلة إقرار منه ببقائها. قال في البيان: ولا خلاف في هذا، وأصل هذه المسألة لابن القاسم في العتبية فإنه قال: إذا أتى رب الوديعة للمودَعِ فقال: إني مشغول أو راكب إلى موضع كذا؛ فأنظرني إلى غد فأبي، فتصايحا حتى حلف ألا يعطيه الليلة، فلما أتاه من الغد قال: إنما تلفت قبل أن تلقاني - ضَمِنَ؛ لأنه قد أقر بها. وإن قال: لا أدري متى ذهبت، وإنما عهدي بها منذ كذا أو كذا حلف وكان القول قوله.

أصبغ: يحلف ما علم بذهابها حين منعه ولقد كان علمه أنها ثَمَّ.

ابن القاسم: وإن قال: تلفت من بعد ما فارقتك ضمن؛ لتعديه بالتأخير، إلا أن يكون على أمر لا يستطيع الرجوع فيه أو يكون في رجوعه عليه ضرر فلا يكون عليه حينئذ الضمان.

أصبغ: ليس هذا تعدياً، وليس عليه ضمان- كان عليه شغل أو لم يكن- إلا أن يكون في يده أو يكون عند بابه وليس فيه فتح ولا غلق، ولا أمر يتم إلا برجوعه ونظره، فإن جاء مثل هذا ضمن وإلا لم يضمن.

قال في البيان: وظاهر قول ابن القاسم أنه محمول على التعدي حتى يثبت [٥٧١/ ب] العذر، وظاهر قول أصبغ أنه محمول على العذر حتى يثبت التعدي، ولا خلاف في هذه المسألة إلا في هذا الوجه.

وقد وقع في النوادر لمحمد بن عبد الحكم أنه لا ضمان عليه تلفت قبل أو بعد. وليس ذلك خلافاً لما تقدم؛ لأن معنى "قبل": إذا لم يعلم بذلك إلا بعد، ومعنى قوله: (**أَوْ بَعْدَهُ**) إذا كان له في منعه عذر.

فَإِنْ قَالَ: لا أَدْرِي مَتَى تَلِفَتْ لَمْ يَضْمَنْ

قد تقدم هذا من كلام ابن القاسم في المسألة السابقة، ووجهه الحمل على أنها تلفت قبله ولم يعلم بذلك؛ إذ الأصل في الوديعة عدم ضمانها.

وَلَوْ طَلَبَهَا فَأَبَى حَتَّى يَأْتِيَ الْحَاكِمَ فَهَلَكَتْ فَإِنْ كَانَتْ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ضَمِنَ، وَقِيلَ: لا ضَمَانَ ....

يصح في (**الْحَاكِمَ**) فتح الميم على المفعولية وهو الأصل، ويصح ضمها على الفاعلية، وهذا كما كان في بعض القرى أن الحاكم يأتي إليها.

وقوله: (**كَانَ**) أي: الإيداع. وذكر في البيان في هذه ثلاثة أقوال:

الأول: لا ضمان عليه وإن قبضها بغير بينة؛ لأن له في ذلك عذراً يقبل؛ لأنه يقول خفت شغبه وأذاه. وهو لابن عبد الحكم.

الثاني: أنه ضامن وإن قبضها ببينة؛ لأنه متعد في منع أدائه إلا بالسلطان، وكان يقدر أن يشهد عليه بالرد كما أشهد عليه هو بالقبض. وإلى هذا ذهب ابن دحون. فالرهن والوديعة على مذهبه سواء.

والثالث لابن القاسم في العتبية: إن دفع الرهن والوديعة بغير بينة فهو ضامن، وإن كان ببينة فلا ضمان. وهذا القول هو الذي قدمه المصنف، والقول الثاني في كلامه هو لابن عبد الحكم، وأظهرها قول ابن دحون؛ لأن الشغب يدفع بالبينة.

وَلَوْ طَلَبَهَا فَقَالَ: ضَاعَتْ مُنْذُ سِنِينَ، وَلَمْ يَكُنْ يَذْكُرُ هَذَا وَصَاحِبُهَا حَاضِرٌ - فَلا ضَمَانَ، وَقَالَ أَصْبَغُ: إِذَا لَمْ يُعْرَفْ مِنْهُ طَلَبٌ ضَمِنَهَا، وَكَذَلِكَ الْقِرَاضُ

تصور المسألة ظاهر، قال في البيان: وقول ابن القاسم أظهر؛ لأن الأصل براءة الذمة فلا تعمر إلا بيقين. وهو قول ابن عبد الحكم، فإنه قال: يحلف ولا شيء عليه، ونقل ابن عبد الحكم قول أصبغ عن الأصحاب.

وقوله: (**وَكَذَلِكَ الْقِرَاضُ**) هو تشبيه في قول ابن القاسم، وكذلك في العتبية ويأتي فيه قول أصبغ.

وَإِذَا ادَّعَى الرَّدَّ قُبِلَ مُطْلَقاً، وَقِيلَ: مَا لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ مَقْصُودَةُ التَّوَثُّقِ فَتَلْزَمُهُ، بِخِلافِ التَّلَفِ ....

(**مُطْلَقاً**) أي: سواء كانت بينة مقصودة التوثق أم لا. وهذا القول ليس بمنصوص بل إنما نص عليه ابن القاسم في الشيء المستأجر أنه يصدق في دفعه وإن قبضه ببينة. وخرجه في المقدمات في الوديعة، قال: يتحصل في المسألة أربعة أقوال:

أحدها وهو المشهور: أنه لا يصدق في دعوى الرد إذا دفع إليه ببينة، لا في الوديعة ولا في القراض ولا في الشيء المستأجر.

والثاني: أنه يصدق في جميع ذلك وإن دفع ببينة، وهو الذي يأتي على ما رواه أصبغ عن ابن القاسم من تصديقه في رد المستأجر؛ لأنه إذا صدقه على الرد مع قيام البينة في المستأجر الذي قبضه لمنفعتهما جميعاً فأحرى أن يصدق في الوديعة التي قبضها لمنفعة صاحبها خاصة.

والثالث تفرقة أصبغ: يصدق في المستأجر لا في الوديعة والقراض على ما تأول على ابن القاسم.

والرابع: الفرق، فلا يصدق في الوديعة إذا دفع إليه ببينة، ويصدق في المستأجر والقراض إن دفع إليه ببينة.

وعلى هذا ففي تقديم المصنف للقول الأول نظر؛ لأنه على تقدير صحته خلاف المشهور.

وقوله: (**مَقْصُودَةُ التَّوَثُّقِ**) أي: يقصد دفع الوديعة بحضرتهم، وأما إن كان حضورهم اتفاقيّاً ولو لم يكونوا لدفع الوديعة إليه فهو بمنزلة عدم البينة.

اللخمي: وكما لو كان الإشهاد خوف الموت ليأخذها من تركته أو قال المودع: أخاف أن يقول: هي سلف فاشهد لي أنها وديعة وما أشبه ذلك -مما يعلم أنه لم يقصد التوثق من القابض- فيكون القول قوله في ردها بغير بينة.

وقوله: (**بِخِلافِ التَّلَفِ**) أي: فيقبل قوله وإن قبض ببينة.

وَفِي يَمِينِهِ ثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ: يَحْلِفُ فِي الرَّدِّ

هذا الكلام معترض ولعله لا يوجد لغيره، والذي حكاه صاحب البيان أنه يحلف في دعوى الرد اتفاقاً، واختلف في التلف على ثلاثة أقوال: قيل تتوجه، وقيل لا، وقيل تتوجه على المتهم دون غيره.

قال في البيان: وهو المشهور، قال: وأما إن حقق عليه الدعوى فلا خلاف في وجوب اليمين عليه في ردها.

وبهذا تعلم أن قول المصنف فيما يأتي: (**أَمَّا الْمُتَّهَمُ فَيَحْلِفُ بِاتِّفَاقٍ**) ليس بصحيح. والله أعلم.

فَإِنْ نَكَلَ فَثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ: يَحْلِفُ الْمُودِعُ

أي: فإن نكل المُودَع- بفتح الدال- عن اليمين المتوجهة عليه للتهمة فثلاثة أقوال:

أحدها: إنه لا يحلف رب الوديعة ولا غرم عليه، بناءً أن يمين التهمة لا ترد. **وقيل**: يغرم المودع بغير يمين. **والمشهور** أنه يغرم بعد حلف رب الوديعة، وقد ذكر في البيان هذين القولين الأخيرين.

أَمَّا الْمُتَّهَمُ فَيَحْلِفُ بِاتِّفَاقٍ

وقد تقدم أن فيه الخلاف.

وَلَوْ قَالَ: لا أَدْرِي أَضَاعَتْ أَمْ رَدَدْتُهَا فَمِثْلُ رَدَدْتُهَا

أصل هذا الفرع لأصبغ في العتبية.

أصبغ: وإنما لم يضمن لأنه إن دفعها فقد برئ، وإن ضاعت فهو مؤتمن. قال: إلا أن يكون المستودع استودعها ببينة فلا يبرأ، وهذا يؤخذ من تشبيه المصنف بقوله: (**فَمِثْلُ رَدَدْتُهَا**) لأنه قدم أنه يفرق في دعوى الرد بين أن يكون قبضها ببينة أم لا .

قال في البيان: وهذا كما قال أنه لا ضمان عليه إذا قبضها بلا بينة؛ يريد: بعد أن يحلف ما هي عنده ولقد دفعها إليه أو تلفت. وأما إن دفعها إليه ببينة فبَيِّنٌ أنه لا يبرأ منها بقوله: لا أدري؛ لأنه لو ادعى دفعها إليه لم يصدق، فكيف إذا قال: لا أدري. ولو قال المودَع لربها: إن كنت دفعت إلي شيئاً فقد ضاع، فقال عبد الله بن عبد الحكم: إنه يبرأ بيمينه ولو قبضها ببينة.

وَلَو [٥٧٢/أ] ادَّعَى الرَّدَّ عَلَى الْوَارِثِ لَمْ يُقْبَلْ، وَكَذَلِكَ دَعْوَى وَارِثِ الْمُودِعِ لأَنَّهُمَا لَمْ يَأْتَمِنَاهُ كَالْيَتِيمِ ....

يعني: إذا مات رب الوديعة فادعى المودع أنه ردها لوارثه، أو مات المودع فادعى وارثه أنه ردها لربها، لم يقبل دعوى الرد فيهما.

(**لأَنَّهُمَا**) أي: وارث رب الوديعة في الفرع الأول ورب الوديعة في الثاني -لم يأتمنا الدافع، بل كل منهما دفع إلى غير الذي ائتمنه، كاليتيم إذا ادعى عليه الوصي الرد.

وَإِذَا قَالَ: هِيَ لأَحَدِكُمَا وَنَسِيَتُ عَيْنَهُ تَحَالَفَا وَقُسِمَتْ بَيْنَهُمَا، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: وَعَلَيْهِ الضَّمَانُ ....

ظاهر كلامه أن الوديعة لم تزل بيد المودع لم يدفعها إلى أحدهما؛ لقوله: إنهما يتحالفان ويقتسمانها، وأن ابن المواز قال: عليه ضمان مائة أخرى، وكذلك نقل ابن يونس القولين، ونقل غيرهُ أيضاً القولين فيما إذا دفع إلى أحدهما، ففي الموازية: ومن استودع مائة فأتى رجلان يدعيانها فقال: "رددتها إلى أحدكما" فإن لم يثبت أيهما هو فهو ضامن لكل واحد منهما مائة؛ لأن كل واحد منهما يدعي أنه أودعه فلم يقطع بتكذيبه، وقوله: للمودِع لا أدري هل أودعتني؟! هو كالنكول؛ فيحلف المدعي ويضمنه، وكذلك لو كانوا عشرة.

وقال ابن عبد الحكم: أما في الدين فيضمن لكل واحد منهما مائة، وأما في الوديعة فلم أره مثل الدين.

محمد: هما عندي سواء. زاد محمد في كتاب الإقرار: ويحلف كل واحد منهما ويحكم له بمائة. ومن نكل لم يكن له شيء، وكانت لمن حلف. فإن نكلا جميعاً لم يكن على المقر إلا مائة يقتسمانها بينهما بلا يمين عليه؛ لأنه هو الذي أبى اليمين وردها بعد أن ردت عليه.

محمد: فإن رجع المودع فقال: أنا أحلف أنها ليست لواحد منهما فلابد مِنْ غُرْمِ المائة يقتسمانها بعد أيمانهما؛ لأنه قد أقر أن عليه مائة ثانية ولا حجة له في إسقاطها، ولا حجة لأحدهما في طلب تمام المائة لنفسه؛ لأن المودع لو قال له: "راجعت معرفتي أنه لا شيء لك" لم يلزمه غير اليمين، واليمين التي حلفها له تجري عمن طلب منه تمام المائة لنفسه، وكذلك لو كانت المائة التي عليه دين فيما ذكر سحنون.

وإن استودع وديعة ثم مات فادعاها رجلان كل واحد لنفسه، فقال ابن الميت: لا أدري إلا أن أبي كان يذكر أنها وديعة فلتوقف أبداً حتى يستحفظها أحدهما بالبينة، وقال فيمن أودعه رجل مائة وآخر خمسين فنسي من صاحب المائة منهما، وادعى كل واحد منهما المائة – إنهما يتحالفان على المائة ثم يقتسمانها والخمسين الباقية؛ إذ ليس لها مدع، قال: وقال بعض أصحابنا: يغرم لكل واحد منهما بعد أيمانهما.

وَلَهُ أُجْرَةُ مَوْضِعِهَا دُونَ حِفْظِهَا

يعني: إذا كانت الوديعة مما يشغل منزلاً فطلب أجرة الموضع التي كانت فيه فذلك له. وهكذا في المقدمات.

ابن عبد السلام: وأطلق المصنف وغيره في هذا، وعندي يتقيد هذا بمن يقتضي حاله طلب الأجرة، كما هو المذهب في رب الدابة يأذن لرجل، ويقول راكبها: إنما ركبتها عارية، ويقول ربها: إنما كان الإذن بالأجرة– فالقول قول ربها إذا كان مثله يكري الدواب، وإنما

سقطت أجرة الحفظ لأنه قد اطردت العادة بأن المودع لا يطلب على ذلك أجرة؛ لأن الحفظ لا تجوز عليه الأجرة لجواز الإجارة على الحراسة.

صاحب المقدمات وغيره: وإن احتاجت إلى غلق أو قفل فذلك على ربها.

وَإِذَا اسْتَوْدَعَهُ مَنْ ظَلَمَهُ بِمِثْلِهَا فَثَالِثُهَا: الْكَرَاهَةُ، وَرَابِعُهَا: الاسْتِحْبَابُ، وَقَالَ الْبَاجِيُّ: وَالأَظْهَرُ الإِبَاحَةُ لِحَدِيثِ هِنْدٍ ....

هكذا وقع في أكثر النسخ، وزاد ابن راشد في نسخته بعد كلام الباجي: (**وَقِيلَ: إِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلا يَأْخُذُ إِلا مَا يَسْتَحِقُّهُ**) وقد حكى في المقدمات الخمسة.

والمنع هو مذهب **مالك** في المدونة، قيل لابن القاسم: قال ذلك مالك؟ قال: أظنه للحديث الذي جاء: «**أدِّ الأمانةَ لمن ائتمنك ولا تخن من خانك**».

والجواز لابن عبد الحكم، قال: يأخذها وإن كان عليه دين. وهو مبني على أحد القولين في إجازة رهن المديان وقضائه بعض غرمائه.

والكراهة مأخوذة من قول **أشهب**: لا آمره إلا بطاعة الله تعالى، وإن أردت فعله فأنت أعلم.

والاستحباب مأخوذ من قول **ابن الماجشون**: أرى له أن يستعمل الحيلة بكل ما يقدر حتى يأخذ حقه، فإن فيه إبراء ذمة المسلم.

والقول الخامس رواه **ابن وهب** عن **مالك**، وروى ابن نافع مثله، وزاد مع ذلك: إذا أمن أن يحلف كاذباً فيأخذ قدر حقه.

وقال ابن المواز: لا بأس أن يأخذ وإن كان عليه دين ما لم يفلس.

ابن المواز عن مالك: وإن أوصى لصغير بدنانير ولم يشهد بذلك إلا الوصي، فإن خفي دَفَعَ ذلك؛ بحيث لا يتبع به، وكذلك لو دفع فلم يقبل السلطان شهادته فله الدفع إذا خفي ذلك.

الباجي وصاحب المقدمات: وأظهر الأقاويل الإباحة؛ لحديث هند: «**إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي عيالي**»، فقال عليه الصلاة والسلام: «**خذي من مالِهِ ما يكفيك ويكفي بنيكِ بالمعروفِ**».

وقد يقال في الأخذ منه نظر؛ لأن هنداً وولدها تجب لهما النفقة في مال أبي سفيان، فكان ما تأخذه هو عين حقها، وكلامنا إنما هو فيمن قدر على مثل حقه لا على نفسه.

قال في المقدمات: وكان شيخنا ابن زرقون يحدثنا أن قوله عليه الصلاة والسلام: «**ولا تخن من خانك**» خرج على سؤال؛ لأنه سئل عن وطء امرأة من ائتمنه عليها، وقد كان السائل ائتمن الرجل على امرأته فخانه فيها ووطئها، وكان يضعف الاحتجاج بهذا الحديث لهذا المعنى، لكن اختلف قول مالك وغيره من العلماء في العام الوارد على سبب خاص، والصحيح عند أهل الأصول وهو اختيار القاضي إسماعيل والقاضي أبي بكر وغيرهما من العراقيين الحمل على عمومه، وبه يصح الاستدلال بالحديث.

واحتج أيضاً ابن عبد الحكم [٥٧٢/ ب] بقوله تعالى: ﴿ **فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ...** ﴾ [البقرة:١٩٤] الآية.

واحترز المصنف بقوله: (**مَنْ ظَلَمَهُ بِمِثْلِهَا**) مما لو ظلمه بغيرها فإنه لا يجوز له الأخذ.

ابن شعبان: ومن أصحابنا من يقول إن المستودع إذا جحد ما كان بيده وهو من غير الذهب، فوجد له المجحود ما بقي من الدراهم أو العروض لم يكن له أخذه ولا بيعه؛ لأنه يوكل في ذلك، وبه أقول.

* * *

الْعَارِيَّةُ: تَمْلِيكُ مَنَافِعِ الْعَيْنِ بِغَيْرِ عِوَضٍ

هي مشددة الياء، **الجوهري**: وكأنها منسوبة إلى العار؛ لأنَّ طلبَها عارٌ وعَيْب، وأنكر على الجوهري كونها منسوبة إلى العار، لأنه لو كان كذلك، لقالوا: يتعيرون؛ لأن العار عينه ياء، والعارية عند غيره مأخوذة من المعاورة: وهي الأخذُ والإعْطَاء، يقال: هُم يتعاورون من جيرانهم، أي يأخذون ويعطون ورسمها المصنف بقوله: (**تَمْلِيكُ**...إلى آخره)، فقوله: (**تَمْلِيكُ مَنَافِعِ الْعَيْنِ**) كالحبس، و(**بِغَيْرِ عِوَضٍ**) أخرج الإجارة وهو غير مانع لدخول العُمْرَى والحبس فيه، فإن قيل: يمكن أن يجاب عنه بوجهين: **أولهما**: منعُ كون العُمْرَى والحبس ليسا بعارية.

ثانيهما: أن العُمْرَى والحبس ليس فيهما تمليك منفعة العين، وإنما هو فيهما إباحة الانتفاع، قيل: كلاهما مردود، أما الأول: فلأنه خلاف الاصطلاح، وأما الثاني: فلأن المعمر أو المحبس عليه يملكان المنفعة بدليل أنهما يؤجران لغيرهما، والله أعلم.

وَهِيَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهَا

لأنها من المعروف والبر، فتدخل في قوله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ [المائدة:٢] ، وقد اختلف في قوله تعالى: ﴿ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ﴾ [الماعون:٧]؛ فقيل عن ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهما: إنه عاريَّة متاع البيت؛ كالقدر والفأس، وذهب مالك والجمهور إلى أن الماعون الذي توعد الله على منعه هو الزكاة المفروضة.

فرع:

قال في المقدمات: وأجرة حمل العارية على المستعير، واختلف في أجرة ردها، فقيل: على المستعير، وهو الأظهر، وقيل: على المعير؛ لأن العارية معروف فلا يكلف أجرة بعد معروف صنعه.

أبو الحسن: واختلف في علف الدابة المعارة، فقيل: على المعير، وقيل: على المستعير.

الْمُعِيرُ مَالِكُ الْمَنْفَعَةِ غَيْرُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ؛ فَتَصِحُّ مِنَ الْمُسْتَعِيرِ والْمُسْتَأْجِرِ

يعني: أن أركانها أربعة: المعير والمستعير والمستعار وما به الاستعارة.

وتكلم المصنف على الأول منها فالأول، وشرط في المعير شرطين: أن يكون مالكاً للمنفعة، وأن يكون غير محجور عليه، أما الأول فظاهر، وأما الثاني فلأنها تبرع، وصحت من المستعير والمستأجر؛ لأنهما مالكان للمنفعة، ونبه بالمستعير على أن الصحيح عند الشافعية: أنه لا يعير، ومنشأ الخلاف: هل المستعير مالك للمنفعة كالمستأجر أو لا؟ وإنما ملك الانتفاع، ويتخرج عندنا الخلاف في جواز إعارة الثوب المستعار من الخلاف في إجارته لمن استأجره، وكذلك فيمن اكترى دابة ليركبها فإن قول مالك اختلف في كراهة كرائها من غيره، وكذلك اختلف هنا، ففي الجلاب: ومن استعار شيئاً إلى مدة فلا بأس أن يكريه من مثله، وفي المدونة: لا بأس أيضاً أن يعيرَه من مثله.

وفي كتاب ابن شعبان: من استعار دابة ليركبها، فلا يُركبها غيره، وظاهره بعارية أو كراء.

واعلم أن تمليك الانتفاع كسُكنَى المدارسِ والجلوس في المساجد والأسواق، له أن ينتفع بنفسه فقط، ولا يعاوض عنه، وتمليك المنفعة كالإجارة، والعارية عندنا له الانتفاع والإيجار كالملك بالنكاح من ملك الانتفاع، ويستثني من هذا جواز إنزال الضيف لأهل المدارس والرباط المدة اليسيرة للعادة، ولا يجوز استيطانه ببيت المدرسة دائماً ولا إيجاره، ولا خزن القمح فيه، وكذلك ماء الصهاريج بها، لا يجوز بيعه ولا هبته ولا الانتفاع به فيما لم تجر العادة كالصبغ الكثير، ويستثنى الشيء اليسير من ذلك، وكذلك طعام الضيف لا يجوز له بيعه ولا إطعامه، وله إطعام الهر للعادة، وكذلك البسط في الأوقاف لا يتغطى بها، والزيت للاستصباح لا يباع؛ لأن التمليك فيها مقصور على جهة العادة بشهادة العوائد، ذكر ذلك القرافي في قواعده.

الْمُسْتَعِيرُ: أَهْلٌ لِلتَّبَرُّعِ عَلَيْهِ، فَلا يُعَارُ ذِمِّيٌّ مُسْلِماً

يعني: أنه يشترط في المستعير أن يكون أهلاً لأن يتبرع عليه بالمستعار، فلخصوصيته بذلك لا يعار ذمي مسلماً لما في ذلك من إذلال الكافر المسلم، وهو ممنوع، وكذلك المصحف له، وكذلك لا يعار السلاح لمن يقاتل به فيما لا يحل، ولا الأواني لمن يستعملها فيما لا يحل كالخمر، ولا الدابة لمن يركبها لإذاية مسلم ونحو ذلك.

الْمُسْتَعَارُ مَنْفَعَةٌ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ، فَالأَطْعِمَةُ والنُّقُودُ قَرْضٌ

يعني: أن المستعار المنفعة لا الذات.

وقوله: (**مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ**) أي على ملك ربها، وإن استلزم الانتفاع ذهاب العين كما في الأطعمة والنقود، لم يبق ذلك عارية بل هو قرض، وأشار اللخمي إلى أنه تصح إعارة الدراهم والدنانير لمن لا يتلف أعيانها كالصيرفي يجعلها ظاهرة عنده ليراها الناس فيرغبون في الصرف منه، وكذلك الرجل عليه دين يقل ما بيده فيستعيرها لذلك.

خليل: وينبغي أن يمنع هذا لوجهين: أولهما القياس على إجارتها، فقد قال المصنف: (ولا تصح إجارة الدنانير والدراهم، وقيل: إن لازمها ربها صح)، والثاني أن في ذلك إيهاما للناس وتغريرا لهم، والله أعلم.

وَأَنْ تَكُونَ الْمَنْفَعَةُ مُبَاحَةً فَلا تُسْتَعَارُ الْجَارِيَةُ لِلاسْتِمْتَاعِ

وهو معطوفٌ على (**بقاء العين**) أي المستعارُ منفعةٌ بشرط بقَاء الْعينِ، (**وَأَنْ تَكُونَ الْمَنْفَعَةُ مُبَاحَةً**) ولا يريد كونها مباحة في جنسها؛ فإن ذلك شرط في صحة ملك المعير لها، وإنما يريد كون تلك المنفعة مباحة للمستعير، فلذلك لا تستعار الجارية للاستمتاع، ودخل في ذلك الوطء ومقدماته، لما في ذلك من عاريَّة الفروج؛ [٥٧٣/أ] ولأنه لا يستباح ذلك إلا في ملك أو نكاح، وخالف عطاء بن أبي رباح في هذا وأجازه، وقد بالغ أهل مذهبنا في هذا حتى منعوا قرض الجواري المؤدي إلى عارية الفروج.

وَيُكْرَهُ أَنْ يستخدمها لِغَيْرِ الْمحْرَم والنِّسَاء والصبيان

عبر بالكراهة تبعاً لابن شاس، وقد نص اللخمي في باب الإجارة: أن إجارة المرأة للرجل الغريب غير جائزة، كان مأمونا أم لا لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يخلو رجل بامرأة ليس بينه وبينها محرم**».

وأن كان له أهل وهو مأمون جاز، وإن كان غير مأمون لم يجز إلا أن تكون متجالة لا إرب للرجل فيها، أو يكون هو شيخ فان، وعلى هذا فمراده بالكراهة هنا التحريم. ونص اللخمي في باب العارية: على أنه تصح هبة خدمة الجارية للأجنبي إذا كان مأموناً وله أهل، فإن كان غير مأمون أو كان مأموناً ولا أهل له لم يجز للحديث المتقدم، واستثنى المحرم والنساء والصبيان؛ لأن الاستمتاع مأمون في حقهن.

اللخمي: وتجوز هبة منافعها لمن لا يحل له إصابتها من أقاربها إذا كان الواهب قد أصابها مثل: ولده وولد ولده وأبيه وجده؛ لأنها صارت من ذوات محارمه، وهذا داخل تحت قوله: (**مَحْرَم**).

ولا يَجُوزُ اسْتِخْدَامُ أَحَدِ الأَبَوَيْنِ بِالْعَارِيَةِ، وَتَكُونُ الْمَنَافِعُ لَهُمَا

يلحق بالأبوين كل من يعتق عليه؛ لأن الاستخدام من توابع الملك، فمن لا يجوز له التمليك، لا يجوز له الاستخدام، وتكون المنفعة للعبد والأمة دون من وهبت له، واستدل اللخمي على ذلك بقول مالك في من عجل عتق عبده على أن يخدمه شهراً، أن الخدمة ساقطة، قال: لأنها بقية رق، بخلاف أن يجعل عليه دراهم.

ابن عبد السلام: فإن قلت هل تلحق الإجارة بالعارية في هذا؟ قيل: هو محتمل، وقد قال في المدونة: ولا بأس أن يؤاجر الرجل أمه وأخته أو ذات محرم على رضاع ولده.

وَتَحْصُلُ بِمَا يَدُلُّ عَلَى مَعْنَاهَا

زاد في الجواهر من قول أو فعل، وهذا هو الركن الرابع.

وقوله: على معناها: أي على تمليك المنفعة بغير عوض.

وَلَوْ قَالَ: أَعِنِّي بِغُلَامِكَ أَوْ ثَوْرِكَ يَوْماً وَأُعِينُكَ بِغُلَامِي أَوْ ثَوْرِي يَوْماً فَإِجَارَةٌ، وأَجَازَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَرَآهُ مِنَ الرِّفْقِ ....

(فَإِجَارَةٌ) يعني ليس بعارية، وهكذا صرح به ابن شاس؛ لأنه إنما ينظر إلى المعنى ولا ينظر إلى اللفظ، فإن قوله: **(أعنِّي)** قريب من العارية، وإذا كان إجارة فيشترط أن يكون ما يقع التعاون فيه معلوماً سواء كان من نوع واحد كالحصاد أو نوعين كالدراس والبناء، وأن يكون زمان العمل قريباً من عقد هذه الإجارة، فلو قال: أعنِّي بعبدك غداً على أن أعينك بعبدي بعد شهر لم يجز؛ لأنه نقد في منافع معين يتأخر قبضها؛ فإن قيل: إذا كان إجارة واشترط انتفاع الغرر في العمل في زمانه فأين الرفق؟ قيل: لعله في المتقدم من الغلامين، وأن هذا العقد جائز، وإن لم يتفاهما، أي الغلامين يكون عمله أولاً، هكذا قال ابن عبد السلام، وانظر لم نسب الجواز لابن القاسم فقط؟

الضَّمَانُ: إِنْ كَانَ مِمَّا لا يُغَابُ عَلَيْهِ لَمْ يَضْمَنْ إِلا أَنْ يَظْهَرَ كَذِبُهُ، وإِنْ كَانَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ ضَمِنَ إِلا بِبَيِّنَةٍ عَلَى تَلَفِهِ. وقَالَ أَشْهَبُ: ولَوْ قَامَتْ ...

تقدمت نظائر هذه المسألة والكلام عليها في الرهن وغيره، وحكى ابن شعبان عن مالك قولاً أنه لا ضمان عليه إلا أن يشترط، حكاه في المقدمات وظاهره كان مما لا يغاب عليه أو لا.

وذكر اللخمي أن ابن شعبان حكى عن مالك أنه لا يصدق في ذهاب الحيوان والعبيد والدواب.

اللخمي: وقيل لا يصدق فيما صغر خاصة؛ لأنه يخفى إذا غيب عليه، وقد يرجع هذا القول فيما يراد منه الأكل دون غيره.

ابن المواز: وإذا قلنا: لا يضمن الدابة فيضمن سرجها ولجامها.

اللخمي: ولا يضمن العبد ولا ما عليه من الكسوة؛ لأن العبد حائز لما عليه.

ومَا عُلِمَ أَنَّهُ بِغَيْرِ سَبَبِهِ -كَالسُّوسِ فِي الثوب- يَحْلِفُ أَنَّهُ مَا أَرَادَ فَسَاداً فَيَبْرَأ

هكذا في الموازية، ولا يكفي في اليمين: ما أراد فساداً، بل يزيد فيها: ولا ضَيَّع. وألحق التونسي الفأر بالسوس في هذا، وساوى اللخمي بين الفأر والسوس والحرق بالنار في الضمان، قال: لأن الغالب أن النَّار لا تحدث إلا من فعله إلا أن يثبت أنه من غير فعله، وكذلك السُّوس إنما يحدث من الغفلة عن اللباس والمعير يقول: لو لبسته لم يتسوس، وقرض الفأر لا يحدث إلا لأمر كان من اللباس من رائحة طعام ونحوه، قال: وحيث ضمَّناه القيمة فهل يوم العارية أو يوم التلف؟ قولان مخرجان من القولين في الرهن، وما لا ينقص بالاستعمال يغرم جميعه، وكذلك ما ينقص إذا كانت مدة العارية قريبة لا ينقص في مثلها، وإن كانت بعيدة ينقص في مثلها ضمن قيمة ما يبقى بعد انقضاء مدة العارية.

وَإِذَا اشْتَرَطَ إِسْقَاطَ الضَّمَانِ فِي مَا يَضْمَنُ، أَوْ إِثْبَاتَهُ فِي مَا لا يَضْمَنُ - فَفِي إِفَادَتِهِ قَوْلانِ ....

نحوه في الجواهر ما إذا اشترط إسقاط الضمان في ما يضمن؛ كالثياب ونحوها، فقال المازري في كلامه المنسوب إليه على المدونة: في المسألة قولان، وقال في شرح التلقين: واللخمي وغيرهما: اتفق ابن القاسم وأشهبُ هنا على إعمال الشرط، وإن كانا قد اختلفا في الرهن؛ لأن العارية معروف ثان لا مانع منه بخلاف الرهن.

اللخمي: وقال سحنون: في من أعطى لرجل مالاً يكونُ له ربحهُ ولا ضَمَانَ عليه، أنه ضامن، فعلى هذا يسقط شرطه في الثياب.

والذي في المقدمات الضمان لابن القاسم، وأنه قال في بعض روايات المدونة وهو [٥٧٣/ ب] أيضاً في العتبية لابن القاسم وأشهب في بعض روايات من كتاب العارية، قال: وعلى ما حكاه ابن أبي زيد في المختصر عن أشهب في الصانع يشترط الضمان عليه، أن شرطه جائز ينفعه الشرط في العارية، قال: لأنه إذا لزمه في الصانع فأحرى في المستعير؛ لأن المعير إذا أعاره على ألا ضمان فقد فعل المعروف معه من وجهين، إلا أن يكون ذلك من باب إسقاط حق قبل وجوبه، فلا يلزمه على أحد القولين، وأما إذا اشترط إثبات الضمان فيما لا يضمن من حيوان ونحوه، فقال مالك رحمه الله تعالى وجميع أصحابه: الشرط باطل مطلقاً إلا **مطرفاً** فإنه قال: إن شرط عليه الضمان لأمر خافه من طريق مخوفة أو نهر أو لصوص أو ما أشبه ذلك فالشرط لازم إن عطبت في الأمر الذي خافه، واشترط الضمان من أجلِهِ، وإن هلكت بغير ذلك لم يضمن.

والظاهر أن المصنف لم يرد قول مطرف؛ لأن كلامه لا ينبى على التفصيل، وظاهر كلامه أنه يضمن على أحد القولين؛ وهذا ليس بمنصوص بل خرجه اللخمي، قال: ويجري فيها قول بالضمان كما شرط؛ لأنه الواجب في أحد قولي مالك من غير شرط، فقد دخلا على التزام أحد القولين.

وَإِذَا ادَّعَى كَسْرَ السَّيْفِ أَوِ الْفَأْسِ بِاسْتِعْمَالِهِ وَأَحْضَرَهُ لَمْ يُقْبَلْ إِلا بِبَيِّنَةٍ، وَقِيلَ: يُقْبَلُ ....

يحتمل أن يريد بالقول الأول مذهب المدونة ونصها: وإن استعار سيفاً ليقاتل به فانكسر لم يضمن؛ لأنه فعل به ما أذن له فيه، وهذا إذا كانت بينة أو عرف أنه كان معه في اللقاء وإلا ضمن، وفي البيان في هذه المسألة أربعة أقوال:

الأول لابن القاسم في العتبية وابن وهب أنه لا يصدق إلا ببينة.

الثاني أنه يصدق إذا ائتمن ذلك بما يشبه وهو قول عيسى بن دينار ومثله حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وأصبغ واختاره؛ لأنه من محاسن الأخلاق أن يصلحه.

الثالث: قوله في المدونة في السيف أنه لا يصدق إلا أن تكون له بينة أنه كان معه في اللقاء.

الرابع: قول سحنون: يضمن إلا أن تكون له بينة أنه ضرب به في اللقاء ضرباً يجوز له قال: وهو أبعد الأقاويل، وأولاها بالصواب قول عيسى، والظاهر من قول المصنف أنه أراد بالقول الأول قول ابن القاسم في المدونة، وعلى هذا ففي تقديمه نظر.

اللخمي: وأما الرحا تستعار ليطحن عليها فيأتي بها وقد حفيت فلا شيء عليه بالاتفاق.

ولا يَتَعَدَّى الْمَأْذُونَ فِيهِ؛ فَلا يَزْرَعُ مَا ضَرَرُهُ أَكْثَرُ

إذا أعاره أرضاً مثلاً ليزرع فيها شيئاً، فليس للمستعير أن يزرع ما هو أضر منه، ومفهومه أنَّ له أن يزرع ما هو مساوٍ في الضرر للأول، وهو صحيح صرح بذلك صاحب الجواهر وغير واحد في المدونة.

وإن استعارَ دابةً ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حجارة فكل ما حمل مما هو أضر مما استعارها له، فعطبت به فهو ضامن، وإن كانت مثله في الضرر لم يضمن؛ كحمله عدساً في مكان حنطة أو كتاناً أو قطناً في مكان بز، فظاهرها أنه إذا حمل عليها ما هو أضر فعطبت فهو ضامن، سواء زاد ما تعطب بمثله أم لا، لكن الشيوخ فصلوا ذلك؛ فقالوا: إن كانت تلك الزيادة لا تعطب بمثلها فعطبت فليس لربِّ الدابة إلا كراء الزيادة فقط، وإن كان ذلك الزائد مما تعطب بمثله خير ربها في أن يضمنه قيمة الدابة يوم تعديه ولا شيء له غير ذلك أو يأخذ كراء الفضل فقط.

ابن يونس: ومعرفة ذلك أن يقال: كم يساوي كراؤها فيما استعارها له؟ فإن قيل: عشرة، قيل: وكم يساوي كراؤها في ما حمل عليها؟ فإن قيل: خمسة عشر؛ خير رب الدابة بين أن يُضمنَه قيمة الدابة أو يأخذ الخمسة الزائدة فقط، وأما إن كانت تلك الزيادة لا تعطب بمثلها فليس عليه إلا الخمسة، وكذلك إن لم تعطب فليس له إلا كراء الزيادة.

فَلَو أَطْلَقَ فَاسْتِعْمَالُ مِثْلِهَا

يعني: فإن استعار شيئاً ولم يبين الوجه الذي استعاره من أجله، فإنه يتعين ذلك بمقتضى العادة، بل نص في المدونة على أنه يترك ظاهر اللفظ للعادة، ففيها: وإن استعار دابة ليركبها حيث شاء وهو بالفسطاط فركبها إلى الشام أو إلى إفريقية، فإن كان وجه عاريته إلى ذلك فلا شيء عليه وإلا ضمن.

والذي يسأل رجلاً أن يسرج له دابة ليركبها في حاجة فيقول له: اركبها إلى حيث أحببت، فهذا يعلم الناس أنه لم يسرجها له إلى الشام، ولمراعاة العادة يحمل أيضاً عليها عند الاختلاف، ففي المدونة: ولو استعار مُهراً فحَملَ عليه بزاً لم يصدق أنه استعاره لذلك، وإن كان بعيراً صُدِّق.

وَهِيَ لازِمَةٌ فَإِنْ أَجَّلَهَا بِمُدَّةٍ أَوْ عَمَلٍ لَزِمَتْ إِلَى انْقِضَائِهِ وَإِلا فَالْمُعْتَادُ فِي مِثْلِهَا، وفِي اللُّزُومِ قَبْلَ الْقَبْضِ قَوْلانِ ....

أي: لازمة بالقول؛ لأنها نوع من أنواع الهبة فتلزم كبقية الأنواع، والظاهر أن المراد بقوله: لازمة إذا حصل الإيجاب والقبول، لقوله بعد ذلك: وفي اللزوم قبل القبض قولان، واللزوم هو أصل المذهب كالهبة، وهو قول ابن القصار، ولعل القول الآخر مبني على الشاذ في الهبة أنها تلزم بالقول، وحكاه في الجواهر عن أشهب وزاد عنه أن له الرد بعد القبض بالقرب، وقال القاضي أبو الفرج: ما روي من وجوب العارية بالقول دون

الإقباض إنما هو في الأرضين، ويريد أبو الفرج قوله في المدونة في الأرض يعيرها للبناء أو للغرس أنه ليس له إخراجه بقرب الغرس أو البناء.

وقوله: فإن أجلها بمدة: أي كشهر [٥٧٤/ أ] أو عمل؛ كزرع بطن لزمت إلى انقضائها **(وَإِلا فَالْمُعْتَادُ فِي مِثْلِهَا)** أي وإن لم يضرب أجلاً، وهكذا روى الدمياطي عن ابن القاسم أنه قال: وإن لم يضرب له أجلاً، فليس له إخراجه حتى يبلغ ما يعار إلى مثله من الأمد.

ابن يونس: وهو صواب؛ لأن العرف كالشَّرط، وذكر أشهب في كتابه أنَّ للمعير إذا فرغ المستعير من بنائه وغرسه أن يخرجه فيما قرب أو بعد؛ لأنه إعارة إلى غير أجل، وقد فرض إذا لم يضرب أجلاً ويعطيه رب الأرض قيمته مقلوعاً ويأخذه أو يأمره بقلعه، وروى عنه الدمياطي أنه له إخراجه متى شاء إن كانت له حاجة إلى عرصته أو إلى بيعها سواء تقدم بينهما شرط أم لا، وإن كان لغير حاجة ولكن لشيء وقع بينهما، فليس له ذلك، وقال أصبغ: إذا لم يسكن فليس له إخراجه أيضاً.

وإن أعطاه قيمته قائماً إلا برضاه وبه أخذ يحيى بن عمر.

وَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْبِنَاءِ أَوِ الْغَرسِ فَلَهُ دَفْعُ قِيمَتِهِ مَقْلُوعاً بَعْدَ مُحَاسَبَتِهِ بِأُجْرَةِ الْقَلْعِ وَإِخْلاءِ الأَرْضِ، أَوْ يَأْمُرُهُ بِقَلْعِهِ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ قِيمَةٌ بَعْدَ نَقْضِهِ أَخَذَهُ مَجَّاناً ....

يعني **(إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْبِنَاءِ أَوِ الْغَرسِ)** أي المدة المشترطة بالشرط أو بالعادة فللمعير دفع قيمة البناء والغرس مقلوعاً.

وقوله: **(بَعْدَ مُحَاسَبَتِهِ)** هكذا نص عليه محمد وابن شعبان وغيرهما، ومعناه أن يسقط من النقض قيمة قلع البناء وتنظيف الأرض لتعود كما كانت وكذلك الشجر؛ مثاله: أن يقال: كم تساوي قيمة النقض الذي في هذا أو الشجر بعد قلعه؟ فيقال: مائة،

فيقال: وبكم يقلع هذا؟ فيقال: بعشرة، ويقال: وكم تساوي الأرض لتعود كما كانت فيقال: عشرة، فيعطيه ثمانين.

قال غير واحد: إلا أن يكون المستعير ممن يتولى القلع وتنظيف الأرض بنفسه أو بعبده فلا يسقط لذلك شيء، وقيل: إن ما نص عليه محمد من إسقاط أجرة القلع خلاف مذهب ابن القاسم في المدونة، فإن مذهبه فيها لا يحط ذلك، وإلى هذا ذهب ابن دحون، واعتل في ذلك بأن الغاصب لو هدمه لم يكن للمغصوب منه أن يأخذه بالقيمة بعد هدمه، وكذلك أنكر ابن سهل كلام ابن المواز، واعتقد أن قيمة البناء مقلوعا تستلزم طرح أجرة القلع، فلا ينبغي أن تسقط مرة أخرى، وليس بالبين، فإن تقويم البناء مقلوعاً أعم من كل واحد من وجهي طرح أجرة القلع وعدم طرحه، والأعم لا يستلزم الأخص.

وروى مطرف وابن الماجشون أن كل من بنى في أرض قوم أو غرس بإذنهم وأعلمهم فلم يمنعوه ولا أنكروا عليه فله قيمته قائماً؛ كالباني بشبهة، وكذلك من تكارى أرضاً أو بنى في أرض زوجته.

ابن حبيب: وهو قول ابن كنانة وجميع المدنيين، وقاله ابن القاسم، وعلى هذا فالغاصب متفق عليه أنه يأخذ قيمة البناء مقلوعاً، والمستحق من يده متفق عليه أنه يأخذ قيمة البناء قائماً، ويختلف في المستعير والمكتري.

قوله: (**أَوْ يَأْمُرُهُ بِقَلْعِهِ**) يعني أن رب الأرض يخير في أمرين: إما أن يعطيه القيمة كما تقدم، وإما أن يأمره بقلع بنائه؛ هذا بشرط أن يكون للبناء والغرس قيمة بعد القلع، وأما إن لم تكن له قيمة بعد القلع فلا يكون للباني فيه شيء.

وَقِيلَ لِلْمُعِيرِ الإِخْرَاجُ فِي الْمُدَّةِ الْمُعْتَادَةِ إِذَا أَعْطَى مَا أَنْفَقَ، وَقِيلَ: قِيمَةَ مَا أَنْفَقَ

يعني: أن المدة المشترطة ليس للمعير الإخراج قبل انقضائها، وأما المعتادة ففيها قولان:

الأول: وهو الذي قدمه المصنف، أنها كالمشترطة وهو قوله: (**وإلا فالمعتاد في مثلها**).

والثاني: أن للمعير الإخراج فيها، فقوله: (**وَقِيلَ: لِلْمُعِيرِ**) مقابل لقوله. (**وإلا فالمعتاد في مثلها**).

والأول لمطرف وابن الماجشون، والثاني: مذهب المدونة ففيها: ومن أذنت له أن يبني في أرضك أو يغرس، فلما فعل أردت إخراجه إلا أن تعطيه ما أنفق، فإما بقرب ذلك مما لا يشبه أن يعيره إلى مثل تلك المدة القريبة، فليس لك إخراجه، وقال في باب بعد هذا: قيمة ما أنفق وإلا تركته إلى مثل ما يرى الناس أنك أعرته إلى مثله من الأمد، وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (**إِذَا أَعْطَى مَا أَنْفَقَ، وَقِيلَ: قِيمَةَ مَا أَنْفَقَ**)، وهذا الكلام من المصنف يدل على أنه حمل ما في المدونة على الخلاف، وهو تأويل غير واحد، وجمع بعضهم بينهما فقال: يعطيه ما أنفق إذا اشترى المستعير ذلك للعمارة، وقيمة ما أنفق إذا كان ما أنفقه في ملكه ولم يشتر، وقيل: ما أنفق إذا كان بالقرب جداً؛ كاليوم واليومين، وقيمة ما أنفق إذا طال الأمد؛ لأنه تغير بانتفاعه، وقي: ما أنفق إذا لم يكن فيه تغابن أو كان فيه تغابن يسير، ومرة رأى القيمة أعدل؛ إذ قد يسامح مرة فيما يشتريه ومرة يغبن فيه، قال في النكت: فهو على هذا الذي وصفنا لا يكون اختلاف قول.

ابن يونس: والثالث والأول محتملان، وأما الثاني فخطأ؛ لأنه إنما يعطيه قيمة ما أنفق يوم البناء، فلا يراعي تغيرا ولم يتغير، ولو عكس هذا لكان أولى؛ لأن ما تقدم وتغير القيمة فيه يوم البناء متعذرة لتغيره، ولا يقال: كيف كان حاله يوم البناء فيجب أن يعطيه ما أنفق لهذا، وما كان بالقرب ولم يتغير فالقيمة فيه مخلصة، فإذا أعطاها لم يظلم؛ لأنها متوسطة.

وفي مختصر حمديس: إذا أعطاه ما أنفق، يعطيه أجرة مثله في كفايته، ليس على قيامه فقط؛ لأن رب الأرض قد يجد ما ينفق ويعجز عن القيام، ولو نشأ ذلك من عجز عن القيام أن يعير أرضاً، فإذا استوى البناء، والغرس أخرجه وقال: هذه نفقتك.

أبو الحسن: قالوا: وإذا أعطاه قيمته قائماً، فمعناه على التأبيد بخلاف أول مسألة كتاب الاستحقاق، فإنه إذا أعطاه قيمته قائماً فإنه إلى تمام المدة، قالوا: والفرق بينهما أن ما في الاستحقاق أن المستحق لم [٥٧٤/ ب] يأذن له وإنما أذن له غيره، وهنا الإذن من رب الأرض.

تنبيهان:

الأول: قد تقدم في آخر الشركة أن ابن زرقون حصل في هذه المسألة ومسألة عارية الجدار لغرز الجذع ستة أقوال، فانظرها.

الثاني: استقرأ ابن الهندي من المسألة هذه من قوله: (ليس لك إخراجه في المدة القريبة) أنّ من أسلف رجلاً سلفاً ثم أراد تعجيل أخذه بالقرب فإنه ينظر إلى قدر ما ينتفع به في مثله، فإن كان قدر ما ينتفع به من الأمد فإنه يقضي عليه وإلا فلا، وهو منصوص أيضاً في العتبية.

وإذَا تَنَازَعَا فِي الْعَارِيَةِ وَالإِجَارَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ إِلا أَنْ يُكَذِّبَهُ الْعُرْفُ

يعني: إذا ركب دابَّة رجل إلى بلد وادَّعى أنه أعارَهُ إيَّاها، وقال ربُّها: بل اكتريتُها منِّي، فالقولُ قولُ ربِّها. ابن راشد: مع يمينه. ابن يونس: لأنه ادعى عليه معروفاً.

وقوله: (**إِلا أَنْ يُكَذِّبَهُ الْعُرْفُ**) قال في المدونة: بأن يكون ربها لا يكري الدواب لشرفه وقدره، وهذا هو المراد بقوله: (**إِلا أَنْ يُكَذِّبَهُ الْعُرْفُ**) وليس المراد مجرد قوله: ولا يكري عادة، فإن هذا مقبول القول، ذكر هذا في النوادر عن أشهب فقال: وقال أشهب: القول قول المالك وإن كان ممن لا يكري دابته ويحلف لقد أكراها ويحلف الآخر ما أكراها ويغرم قيمة الكراء؛ وهذا ما لم يكن أكثر مما ادعاه صاحبها، إلا أن يكون رجلاً شريفاً عظيم القدر يأنف مثله من كراء دوابه، فيكون القول قول المستعير مع يمينه.

ابن عبد السلام: وهو معنى ما في المدونة وفي **اللخمي**.

وقال ابن كنانة: إن كان صاحب الدابة ممن يعرف بكراء الدواب ولذلك حبسها وهي بضاعته حلف وأخذ الكراء إذا ادعى ما يشبه أن يستأجر به، وإن كان ممن لا يعرف بكراء الدواب ولا ذلك عمله، حلف الآخر أنها عارية ولا شيء عليه، وحيث قلنا القول قول المالك في أنه لم يأذن إلا بعوض، فهل يقبل قوله في مقداره؟ قال في الجعل والإجارة، وإن ادعى رب المتاع أن الصانع عمله بإطلاق وقال الصانع: بل بأجر، صدق الصانع فيما يشبه الأجر وإلا رد إلى أجر مثله، وفي أكرية الدور: ومن أسكنته دارك ثم سألته الكراء. فادعى أنك أسكنته بغير كراء، فالقول قولك فيما يشبه من الكراء مع يمينك، وقال غيره: على الساكن الأقل من دعواك أو من كراء المثل بعد أيمانهما.

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي النِّهَايَةِ؛ فَإِنْ لَمْ يَرْكَبْ إِلَى الأَبْعَدِ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ

يعني: إذا اتفقا على العاريّة واختلفا في النهاية، فقال المعير مثلاً: أعرتكها من مصر إلى غزة، وقال المستعير: بل إلى دمشق، فإن لم يركبها المستعير إلى الأبعد أي إلى دمشق في المثال المفروض، فالقول قول المالك مع يمينه؛ لأن المستعير مدعى عليه الزيادة.

ابن عبد السلام: وجهوا عليه اليمين في هذه المسألة والتي قبلها مع أنهما من دعوى المعروف، وفي توجيهها في هذا الأصل خلاف، ونحو هذا المثال ما إذا تنازعا في طريقين إحداهما سهلة والأخرى وعرة، وقال: أعرتني هذا الثوب شهراً، وقال: بل يوماً، وإذا حلف المعير يكون المستعير بالخيار بين أن يركبها إلى ذلك الموضع الذي حلف عليه أو يترك، إلا أن يخشى منه أن يتعدى ويمضي بها حيث شاء فلا يسلم إليه إلا أن يتوثق فيه ألا يتعدى.

فَإِنْ رَكِبَ إِلَيْهِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَعِيرِ، وَقَالَ أَشْهَبُ فِي طَرْحِ الضَّمَانِ إِلا فِي الْكِرَاءِ، وَيَأْخُذُ مَا بَيْنَهُمَا بِيَمِينِهِ...

أي: وإن ركب إلى دمشق في المثال المفروض، فقال ابن القاسم في المدونة: القول قول المستعير إن ادَّعى ما يشبه مع يمينه، واعلم أنه في المدونة لم يذكر أن ابن القاسم قال هذا،

بل قال: وجدت في مسائل عبد الرحيم عن مالك ذلك، نعم ظاهر الحال أنه قائل بذلك، وحكى في البيان عن ابن القاسم في الدمياطية أن القول قول المعير إذا اختلفا بعد الرجوع، بخلاف إذا كان معه في سفر فاختلفا في الرجوع.

وخرجه اللخمي في أحد القولين في من دفع دنانير ليشتري بها طعاماً، فاشترى له بها ثمراً، وقال الآخر: قمحاً، أن القول قول الآمر ويغرمه الدنانير، بل هو هنا أولى؛ لأن المستعير قابض لحق نفسه.

اللخمي: ووجهه أن المعير واهب فلا يؤخذ بغير ما أقرَّ به، وقال أشهب وسحنون وابن حبيب: القول قول المستعير في طرح الضمان، فإن هلكت فيما بين المسافتين لا يكون عليه شيء؛ لأنَّه مدَّعى عليه تعمير ذمته لا في الكراء فإن القول قول المعير في الزائد.

سحنون: ويحلف المستعير ليسقط عنه الضمان، ويأخذ الكراء.

وعلى القول **الثاني**: فإذا حلف المعير نظر، فإن كان اختلافهما في زيادة المسافة أخذ كراء تلك الزيادة، وإن كان في صعوبة أخذ كراء جميع تلك الطريق، ويكون للمستعير أن يذهب بها إلى الطريق التي أقرَّ بها، قاله اللخمي.

ونوقش المصنف بأن قوله: فإن يركب إلى الأبعد يقتضي أنه لو وجده بين المسافتين أن يكون القول قول المعير، وليس كذلك فإن المذهب لا يصدق إلا فيما زاد على المسافة التي وصل المستعير إليها إلا فيما زاد على ما ادعاه المعير، وقد يقال هنا: يؤخذ حكمه مما إذا ركبها إلى الأبعد، فلذلك لم ينبه المصنف عليه، وعورض قول ابن القاسم وأشهب هنا بما في الجعل، قال مالك: ومن استأجر فسطاطاً أو بساطاً أو غرائر أو آنية إلى مكة ذاهباً وراجعاً فادعى ضياع هذه الأشياء في البداية صدق في الضياع ولزمه الكراء.

ابن القاسم: ويلزمه الكراء كله إلا أن يأتيَ ببيِّنة على وقت الضياع، قال: وإن كان معه قوم في سفره فشهدوا أنَّهُ أعْلَمَهُم بضياع ذلك، وطلبه بمحضرهم حَلَفَ وسقط عنه من

يومئذ حصة باقي [٥٧٥/أ] المدة، وقال غيره: القول قوله في رفع الضمان والكراء، والمراد بالغير سحنون وعلى هذا كل من ابن القاسم وسحنون خالف أصله وفرق لابن القاسم بأن مسَّألة الجعل ذمته عمرت بعقد الكراء وهو مدع إسقاطه، وهنا لم تعمر ذمته بشيء، ورأى سحنون هنا أن المستعير مدع لمعروف زائد على ما أقرَّ بِهِ الواهب ولا يلزمه من المعروف إلا ما أقرَّ به.

وَهَذِهِ بِعَيْنِهَا - بِرَسُولٍ مُوَافِقٍ لِلْمُسْتَعِيرِ أَوْ مُخَالِفٍ - كَذَلِكَ

يعني: وهذه المسألة بعينها إذا أرسل المستعير رسولاً فأعاره إلى مسافة ثم اختلف المعير والمستعير فالحكم للأول سواء صدق الرسول المستعير أو كذبه أو كذبهما معاً؛ لأنه إنما شهد على فعل نفسه، واعلم أن ما ذكر من تساوي الحكم فهو بالنسبة إلى أشهب صحيح، وأما عند ابن القاسم ففي المدونة: من بعث رسولاً إلى رجل ليعيره دابة إلى برقة، وقال الرسول: إلى فلسطين، فعطبت عند المستعير، واعترف الرسول بالكذب ضمنها، وإن قال: بذلك أمرني، وأكذبه المستعير، فلا يكون الرسول شاهداً؛ لأنه خصم، وتمت المسألة هنا في أكثر الروايات، وعليها اقتصر البرادعي، وزاد ابن أبي زيد في مختصره: والمستعير ضامن إلا أن تكون له بينة على ما زعم. وصحت هذه الزيادة في رواية يحيى بن عمر وعلى هذه الزيادة فليس الحكم مستوياً، ورأى بعضهم أنه يتخرج من هذه الضمان في مسألة عبد الرحيم، وقال جماعة: بل المسألتان مفترقتان، وإنما ضمن المستعير في هذه؛ إذ لا يقطع بكذب المعير إذ لا حقيقة عنده مما قاله الرسول، وفي مسألة عبد الرحيم: هو مُكذِّبٌ للمُعِيرِ ذَكَرهُ عياض.

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي رَدِّهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعِيرِ فِي مَا لا يُصَدَّقُ الْمُسْتَعِيرُ فِي تَلَفِهِ

أي: فيما يغاب عليه؛ لأن المستعير مقر بالأخذ مدع للدفع، قال في الموازية: وسواء قبضها ببينة أو بغير بينة، لا يقبل قوله في ذلك، وفهم من كلامه أن المستعير يصدق فيما لا

يغاب عليه، وكذلك قال محمد: كل من يقبل قوله في التلف، يقبل قوله في الرد، يعني لو كان كاذباً في الرد لأمكنه أن يفيء إلى دعوى الضياع، وقد علمت أن هذه القرينة ضعيفة في الوديعة، ألا ترى أنه لا يقبل قول المودَع في الرد مع أنه يقبل في الضياع.

* * *

الْغَصْبُ أَخْذُ الْمَالِ عُدْوَاناً مِنْ غَيْرِ حِرَابَةٍ

الغصب لغة: أخذ كل متملك ظلماً من غير رضا صاحبه، فيتناول: السرقة، والاختلاس، والخيانة، والحرابة، والتعدي، ورسمه المصنف اصطلاحًا بقوله: (**أَخْذُ الْمَالِ**... إلى آخره): فأخذ المال جنس، وأخرج بالقهر ما أخذ من ربه اختياراً واستسراراً، كالسرقة والخيانة والاختلاس؛ لأن القهر يستدعي أن يؤخذ ذلك بعلم صاحبه، لا يقال: المختلس منه يعلم بأخذ المال، فيدخل في كلام المصنف، ويصير الحد غير مانع؛ لأنا نقول: المختلس منه إنما يعلم بأخذ المال بعد الأخذ فلا ينطبق عليه القهر، فإن القهر يستدعي علم المأخوذ منه بما قهر، وأخرج بالعدوان ما أخذ قهراً لا عدواناً، كأخذ الإمام الزكاة من الممتنع، وكأخذ المغصوب منه المال من الغاصب، ولما كانت هذه القيود تتناول الحرابة قال المصنف: من غير حرابة ليخرجها، ولا خلاف في تحريم الغصب والإجماع عليه.

وَيُؤْخَذُ بِحَقِّ الْمَغْصُوبِ مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ وَيُؤَدَّبُ، وَكَذَلِكَ ثَمَنُ مَا أَفْسَدَهُ أَوْ كَسَرَهُ بِخِلافِ ثَمَنِ مَا يَبِيعُهُ ....

يعني أن الغصب يتصور من غير البالغ كالبالغ، ويؤخذ بحق المغصوب منه من ماله ولا خلاف في ذلك؛ لأن إتلاف المال من باب خطاب الوضع لا يشترط فيه التكليف.

وقوله: (**ويُؤَدَّبُ**) فهم منه أن البالغ يؤدب من باب أولى، ولا خلاف في تأديب البالغ.

قال في المقدمات: ولا يُسقط ذلك عفوُ المغصوب منه وأما غير البالغ فقال **ابن عبد السلام**: ما ذكره المصنف هو ظاهر المذهب والمنصوص للمتقدمين.

وفي المقدمات: لا يؤدب من لم يبلغ الحلم لقوله عليه الصلاة والسلام: «**رفع القلم عن ثلاثة**» الحديث، وقيل يؤدب كما في المكاتب.

وقوله: (**وَكَذَلِكَ ثَمَنُ مَا أَفْسَدَهُ**) **ابن عبد السلام**: هذه المسألة عند أهل المذهب من باب التعدي لا من باب الغصب، فإن المذهب التفريق بين حكمهما في الجملة وإن استويا في هذا الموضع، ومراد المصنف بثمن ما أفسده المميز أو كسره هو مطلق العوض من مثل أو قيمة، وذكر لفظ (**ثَمَن**) لتتم له المخالفة في ثمن ما يبيعه لفظاً كما ثبتت له معنى، وذلك أنه إذا باع الصبي شيئاً من ماله وقبض ثمنه وأتلف ذلك الثمن فلا يلزمه بيع، ويقضى على المشتري برد المبيع ولا يلزم الصبي شيء من الثمن؛ لأنه خرج من يد ربه طوعاً بخلاف ما أفسده الصبي أو كسره، فإن ذلك من غير تسليط من ربه، نعم إن صُونَ بذلك شيئاً من مالهِ لزمه الأقل مما صونه أو الثمن والمقابلة التي ذكرها المؤلف بين ما أفسده أو كسره ليست بحقيقة؛ لأن الإفساد أعم من التكسير.

وَفِيهَا: فِي مَنْ بَعَثَ يَتِيماً لآبِقٍ فَأَخَذَهُ فَبَاعَهُ وَأَتْلَفَ الثَّمَنَ يُرَدُّ الْعَبْدُ ولا عُهْدَةَ عَلَى الْيَتِيمِ وَلا ثَمَنَ ....

ابن راشد: ذكر هذا استشهادا لما ذكره، ويحتمل أن يكون هذا استشكالا لعدم إمضاء البيع، وهو إنما وضع يده عليه بإذن ربه.

وجعل **ابن عبد السلام** هذا أقرب من الأول، وفيه نظر، بل الأول أولى؛ لأن هذا سؤال ضعيف، فإن غايته أن يكون وكيلاً على حفظه ولا يلزم بيع الموكل على الحفظ.

وَأَمَّا غَيْرُ الْمُمَيِّزِ فَقِيلَ: الْمَالُ فِي مَالِهِ، والدَّمُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وقِيلَ: الْمَالُ هَدَرٌ كَالْمَجْنُونِ، وقِيلَ: كِلاهُمَا ....

هذا مقابل قوله: المميز، والأقوال الثلاثة حكاها في الجواهر كالمصنف. وقوله: (**وَالدَّمُ عَلَى عَاقِلَتِهِ**) أي إذا كانت الدية الثلث فصاعداً، (**وَقِيلَ: الْمَالُ هَدَرٌ كَالْمَجْنُونِ**) أي والدم على العاقلة كما تقدم، ويؤخذ من هذا أن ما أتلف المجنون هدر.

(**وَقِيلَ: كِلاهُمَا**) أي هدر كالبهيمة والقول الأول أظهر؛ لأن الضمان من باب الوضع الذي لا يشترط فيه التكليف.

محمد: وإن كان صغيراً يحبو فلا شيء عليه من عقل، وهو كالبهيمة، وقال ابن القاسم: إن أفسد شيئاً فإن كان ابن ستة أشهر ونحوها لا ينزجر فلا شيء عليه، وإن كان مثل ابن سنة فصاعداً فذلك عليه.

قال في العتبية: ما أصاب [٥٧٥/ ب] المجنون الذي لا يعقل والصبي الصغير ابن سنة ونصف ونحو ذلك من فساد أموال الناس فهو هدر.

ابن عبد السلام: وجعل المصنف مورد الخلاف في هذه المسألة عدم التمييز، وهو حسن في الفقه غير أن الروايات لا تساعده وإنما تعرَّضُوا للتحديد في هذه المسألة بالسِّن فقيل: ابن سنتين، وقيل: ابن سنة ونصف، وقيل: غير ذلك.

وَيَكُونُ التَّفْوِيتُ بِالْمُبَاشَرَةِ أَوْ بِإِثْبَاتِ الْيَدِ الْعَادِيَةِ

أي: ويكون الضمان ودل عليه السياق.

(**بِالْمُبَاشَرَةِ**) الباء للسببية (**أَوْ بِإِثْبَاتِ الْيَدِ الْعَادِيَةِ**) يحتمل أن يكون معطوفا على قوله: (**بالتفويت**) ويكون للضمان سببان ويحتمل أن يكون معطوفاً على المباشرة، أي يكون الضمان بسبب التفويت، وسبب التفويت إما المباشرة وهو سبب محسوس، وإما إثبات اليد العادية فعلى هذا يكون الضمان بسبب واحد.

فَالْمُبَاشِرَةُ كَالأَكْلِ، والْقَتْلِ، وَالإِحْرَاقِ

ابن راشد: وهو مجمع عليه أي بقتل الحيوان أو أكل الشيء المغصوب أو إتلافه بإحراق أو بغيره.

وَإِثْبَاتِ الْيَدِ الْعَادِيَةِ فِي الْمَنْقُولِ بِالنَّقْلِ، وَفِي الْعَقَارِ بِالاسْتِيلاءِ وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْ

(**فِي الْمَنْقُولِ**) أي في الحيوان والعروض (**بِالنَّقْلِ**)، يعني فلو هلك بعد ذلك بسماوي ضمنه.

(**وَفِي الْعَقَارِ بِالاسْتِيلاءِ وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْ**) ظاهر والاتفاق عليه، ونبه على خلاف أبي حنيفة رحمه الله ورضي عنه فإنه يرى أنَّ مجرد وضع اليد ليس موجباً للتضمين بل حتى ينضم إليه النقل.

فَلَوْ غَصَبَ السُّكْنَى فَانْهَدَمَتِ الدَّارُ لَمْ يَضْمَنْ إِلا قِيمَةَ السُّكْنَى

هذا يخصه أصحابنا بالتعدي، فإن الغصب عندهم: هو غصب الذوات، والتعدي: هو غصب المنفعة أو إتلاف بعض السلعة، ولا فرق في التعدي بين أن يتقدم له إذن كالمستعير والمقارض والمستأجر أو لا يتقدم، وسيأتي حكم التعدي إن شاء الله تعالى.

و(**لَمْ يَضْمَنْ إِلا قِيمَةَ السُّكْنَى**) لأنها هي التي تعدى عليها، وهذا أحسن لو طردوه، ولكنهم قالوا في التعدي بالدابة المكان المشترط من مستعير ومستأجر: إنه يضمن الرقبة إن هلكت وكل منهما لم يقصد ملك الرقبة، فإن قيل: المتعدي على الدابة ناقل لها بخلاف المتعدي على الدار فجوابه أنهم لم يعتبروا النقل في باب الغصب فينبغي في التعدي مثله.

وَيَكْفِي الرُّكُوبُ فِي الدَّابَّةِ وَالْجَحْدُ فِي الْوَدِيعَةِ

أي: يكفي في وجوب الضمان في التعدي ركوب الدابة، وقد تقدم أن مجرد وضع اليد موجب للضمان فكيف بالركوب، وقد تقدم الكلام على جحد الوديعة في محلها.

وَالتَّسَبُّبُ بِالْفِعْلِ الْمُهَيِّئِ لِسَبَبٍ آخَرَ مِثْلُهُمَا

أي: مثل المباشرة وإثبات اليد العادية، وحاصله أن سبب السبب كالسبب، ولذلك قال:

فَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْمُكْرَهِ عَلَى إِتْلافِ الْمَالِ، وعَلَى مَنْ حَفَرَ بِئْراً عُدْوَاناً فَتَرَدَّى فِيهَا إِنْسَانٌ أَوْ بَهِيمَةٌ ....

ابن راشد: سحنون في عامل أكره رجلاً على أن يدخل بيت رجل ليخرج منه متاعا ليدفعه إليه، فأخرج له ما أمر به ودفعه إليه ثم عزل العامل، وقام رب المتاع، فله إن يأخذ بذلك من شاء منهما، فإن أخذه من المأمور رجع به المأمور على العامل، قال: وإن عزل الأمير وغاب رب المتاع، فقام المأمور وقال: أنا آخذ بالمتاع، فأغرمه لي أيها الأمير، فإنه تعدى عليه.

ابن رشد: وفي قوله (تعدى عليه) نظر، والذي يوجبه النظر أن يقضي له بتغريمه، ولا يمكن منه ويوقف لصاحبه.

وفي المبسوط عن عبد الله بن عبد الحكم وأصبغ أنه لا شيء على المأمور المكره على ذلك، ونحوه لابن سحنون قال: وإن أكره بقتل أو قطع فهو في سعة أن يأخذ ويضمن الأمير دون المأمور، وإن أبى أن يأخذ حتى قتله فهو في سعة.

وقال سحنون: إذا أكره رجل آخرَ على أن يأخذ مالاً لرجل آخر، فيرمي به في مهلكة بوعيد بقتل أو سجن أو قيد، وأذن له في ذلك ربُّه من غير إكراه فلا شيء عليه، ولا على الذي أكرهه، وإن كان ربُّه مكرهاً على الإذن في ذلك فالمكْرَه الفاعل ضامنٌ وإن كان عديماً فالضمان على الذي أكرهه ثم لا رجوع له على الفاعل إذا أيسر.

ابن عبد السلام: وظاهره أن المغصوب منه يطلب المكره أولاً، فإذا غرم لم يرجع به على المكره المباشر.

وقوله: **(وعَلَى مَنْ حَفَرَ بِئْراً عُدْوَاناً)** تقدم، والعدوان أن يحفر في ملك غيره أو في ملكه قصداً للإهلاك، واحترز به مما لو حفرها في ملكه لمصلحة.

فَإِنْ رَدَّاهُ غَيْرُهُ فَعَلَى الْمُرْدِي تَقْدِيماً لِلْمُبَاشَرَةِ

أي: فإن **(رَدَّاهُ)** غير الحافر **(فَعَلَى الْمُرْدِي)** لأنه المباشر فكان أقوى من التسبب، وليس سبباً قوياً كالإكراه حتى يضمنا معاً كما تقدم، ولهذا لو قوي السبب كانا متعادلين؛ كما لو حفرها لإهلاك شخص بعينه، ورداه غيره، فإن كان إنساناً وجب القصاص عليهما وإن كان غيره ضمناه معاً قاله ابن راشد وابن عبد السلام.

وَلَوْ فَتَحَ قَفَصَ طَائِرٍ فَطَارَ أَوْ حَبْلَ دَابَّةٍ فَهَرَبَتْ، أَوْ قَيْدَ عَبْدٍ فَأَبَقَ ضَمِنَ

زاد في الجواهر: وسواء كان الطيران والهروب عقيب الفتح أو الحلِّ أو بعد مهلة، وكذلك السارق يترك الباب مفتوحاً وما في الدار من أحد، فيذهب منها شيء وشرط في المدونة في مسألة العبد أن يكون قيد خوف إباقه، وهو شرط ظاهر، ولو قيد لقصْدِ النَّكال بالعبد لم يجب على حلِّه منه ضمان وإنما ضمن في هذه المسائل؛ لأن فعله سبب للإتلاف.

وَمَنْ فَتَحَ بَاباً عَلَى دَوَابٍّ فَذَهَبَتْ ضَمِنَ، وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا أَهْلُهَا

الأول: مذهب أشهب، وشرط أن تكون الدواب مسرحة غير مربوطة واختاره جماعة.

والثاني: لابن القاسم في المدونة وشبهها بمسألة السارق يدع الباب مفتوحاً وأهل الدار فيها نيام أو غير نيام، فيذهب من الدار بعد ذلك شيء، أنه لا ضمان على السارق، وأما إن لم يكونوا فيها فإنه يضمن.

خليل: ويفرق لأشهب بأنا لو لم نضمنه في [٥٧٦/ أ] مسألة الدواب لزم ذهاب الدواب بغير غرم لأحد، بخلاف مسألة السارق فإنا إذا لم نغرم السارق الأول غرمنا السارق الثاني، وتغريمه أولى لمباشرته، والله أعلم.

وَمَنْ أَتْلَفَ مَغْصُوباً ضَمِنَ وإِنْ لَمْ يَعْلَمْ، ولَوْ قَدَّمَهُ الْغَاصِبُ لِضَيْفٍ فَأَكَلَهُ غَيْرَ عَالِمٍ ضَمِنَ ولِصَاحِبِهِ بَرِئَ، ولو أَكرَهَ صَاحِبَه فأَكَلَهُ بَرِئَ

تقدم أن الضمان من باب الوضع، فلذلك يضمن من أتلف المغصوب، وإن لم يعلم، ولو كان مغروراً كما لو قدم الغاصب الطعام فأكله ظناً منه أنه ملك المقدم، ولا يريد المصنف أنه لا يضمنه إلا الضيف، بل هي مسألة هبة الغاصب يهب الشيء المغصوب وسيأتي قوله: (**وَلِصَاحِبِهِ بَرِئَ**) أي وإن قدمه لصاحبه برئ، وكذلك (**لو أَكرَهَ صَاحِبَه**) على أكله؛ لأن ربه هو المباشر لإتلافه، وينبغي أن يقيد هذا بما إذا كان المغصوب منه قد هيأ الطعام للأكل، وأما إن هيأه للبيع فينبغي أن يضمنه الغاصب؛ إذ هو غير معذور، فإن انتفع بذلك سقط عنه مقدار أكله؛ كما لو كان الطعام يساوي عشرة دراهم، ومن عادته أن يكتفي بنصف درهم فيغرمه تسعة ونصفاً.

ابن عبد السلام: وقد قدمنا عن سحنون ما ظاهره في مسألة الإكراه أن المغصوب منه يطلب المكرَه أولاً، فإذا غرم لم يرجع على المكرِه المباشر، وعلى هذا التقدير لا يبعد أن يقوم رب الطعام على الغاصب الذي أكرهه على الأكل؛ لأن المتسبب في مسألة الإكراه مقدم في الضمان على المباشر.

فقوله: (**مَغْصُوباً**) من الغصب -كما ذكرنا- لا كما قاله **ابن راشد** (معصوماً) من العصمة فإن هذا لا إشكال فيه ولا يساعده السياق.

ابن راشد -بناءً على نسخته-: واحترز بالمعصوم من الخمر للمسلم، ويضمنها للذميِّ خلافاً لابن الماجشون، ولا يضمن ما نقص من آلة اللهو بكسرها، ويضمن جلد الميتة بعد الدباغ، واختُلِفَ في ضمانه قبله، فقال ابن القاسم وأشهب: يضمن، وروى أبو الفرج: لا يضمن، وقال أبو إسحاق: لا يضمن إلا أن يكون لمجوسي قاله ابن القاسم.

فروع:

الأول قاله مالك في الواضحة من غصب حراً فباعه فإنه يكلّف طلبه، فإن يئس منه؛ قال: أدى ديته إلى أهله.

قال في البيان: ونزلت في طليطلة فكتب القاضي بها إلى محمد بن بشير قاضي قرطبة، فجمع ابن بشير أهل العلم فأفتوا بذلك، فكتب أن يغرمه ديته.

الثاني: إذا جلس رجل على ثوب آخر في الصلاة، فقام صاحب الثوب، فانقطع الثوب، فقال مطرف وابن الماجشون: لا ضمان على الجالس، وهذا مما لابدّ للناس منه في صلاتهم ومجالسهم، وقاله أصبغ قال: لأن الجالس لم يحصل منه غير السبب، والقطع إنما حصل بمباشرة صاحب الثوب.

الثالث: قال الشيخ أبو محمد: وإن أخبر لصوصاً بمطمر أو أخبر به غاصباً ولولا دلالته ما عرف، ضمنه بعض متأخري أصحابنا ولم يضمنه بعضهم، وكذلك يضمن إذا أقر بالرق لغيره، وباعه وهو ساكت؛ لأنه أتلف الثمن على المشتري بسكوته، إلا أن يكون صغيراً أو نحوه، ويتخرج منه قول آخر بعدم الضمان مما إذا اعتدى على رجل وقدمه للسلطان، والمتعدي يعلم أنه إذا قدمه إليه تجاوز في ظلمه وأغرمه ما لا يجب عليه.

ابن يونس: وقد اختلف في تضمينه فقال كثير عليه الأدب وقد أثم ولا غرم عليه، وكان بعض شيوخنا يفتي إذا كان الشاكي ظالماً في شكواه غرم، وإن كان مظلوماً ولم يقدر أن ينتصف منه إلا بالسلطان فشكاه فأغرمه وتعدى عليه، لم يغرم؛ لأن الناس إنما يلجأون في المظلمة إلى السلطان، وعلى السلطان متى قدر عليه رد ما أخذ ظلماً من المشكو، وكذلك ما أغرمه الرسول هو مثل ما أغرمه السلطان، يفرق فيه بين ظلم الشاكي وغيره، وكان بعض أصحابنا يفتي بأنه ينظر للقدر الذي فيه يستأجر به الشاكي في إحضار المشكو،

فيكون عليه على كل حال، وما زاد على ذلك مما أغرمه الرسول فيفرق فيه بين الظالم والمظلوم حسبما تقدم.

وَيَكُونُ لِعَيْنٍ ومَنْفَعَةٍ، فَالْعَيْنُ مِثْلِيٌّ ومُقَوَّمٌ - فَذَوَاتُ الأَمْثَالِ مِنَ الْمَكِيلِ والْمَوْزُونِ والْمَعْدُودِ، وَجَمِيعُ الأَطْعِمَةِ تُضْمَنُ إِذَا تَلِفَتْ بِمِثْلِهَا

أي: ويكون الغصب، وتصور كلامه ظاهر.

وقوله: (**وَجَمِيعُ الأَطْعِمَةِ**) من عطف الخاص على العام، وهو إذا لم يكن مكيلا ولا موزونا ولا معدوداً فهو جزاف داخل في المقوَّمَات.

وقوله: (**إِذَا تَلِفَتْ**) ليس التلف شرطاً في الضمان ويكفي فيه بعض أنواع التغيير كما سيأتي.

فَإِنْ فُقِدَ الْمِثْلُ صَبَرَ حَتَّى يُوجَدَ؛ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ، ولَهُ طَلَبُ الْقِيمَةِ الآنَ؛ عِنْدَ أَشْهَبَ ....

يعني: فإن كان المغصوب من ذوات الأمثال وتعذر الآن المثل كالأشياء التي لها إبان، أو غصب منه عسلاً ببلد ليس فيه عسل، فلا شك أن له الصبر إلى وجود المثل، وهل له الآن طلب القيمة؟

قال ابن القاسم في المدونة: ليس له ذلك، وقال أشهب: له ذلك، والخلاف هنا كالخلاف في السَّلْم في الفاكهة بعد خروج إبانها؛ فإن ابن القاسم أيضاً قال: يصبر إلى إبانه، وقال أشهب: يؤخذ بالقيمة وليس له التأخير ويأخذه بالمثل؛ لأن ذلك فسخ دين في دين، وأشار ابن عبدوس إلى تناقض قول أشهب لكونه أجاز له في الغصب التأخير، قال: وإنما ينظر فإن كان الموضع يوجد في مثل الطعام على يوم أو يومين أو ثلاثة، والأمر القريب فليس له إلا مثل الطعام حتى يأتيه به، وإن كان بعيداً مما على الطالب في تأخيره

ضرر أو كان استهلك في لجج البحر وفي فياف بعيدة من العمران، فهذا يغرم قيمته حيث استهلكه ويأخذه به حيث لقيه، وقد يجاب لأشهب بأن التهمة على فسخ الدين في الدين تقوى في البيع؛ لأنه [٥٧٦/ ب] واقع اختياراً بخلاف الغصب، فلذلك ضعفت فيه التهمة.

فَإِنْ وَجَدَهُ فِي غَيْرِ مَكَانِهِ وهُوَ مَعَهُ بِعَيْنِهِ؛ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَمْ يَلْزَمْهُ إِلا مِثْلُهُ فِي مَكَانِ الْغَصْبِ، وقَالَ أَشْهَبُ: لَهُ أَخْذُهُ أَوْ أَخْذُ مِثْلِهِ فِي مَكَانِ الْغَصْبِ، قَالَ سَحْنُونٌ: مَا أَعْرِفُ هَذَا، وقَالَ أَصْبَغُ: فِي الْبَعِيدِ كَابْنِ الْقَاسِمِ، وفِي الْقَرِيبِ كَأَشْهَبَ. وَلا خِلافَ أَنَّ الْغَاصِبَ يُمْنَعُ مِنْهُ حَتَّى يُوثَقَ مِنْهُ ....

تصور المسألة والأقوال من كلامه ظاهر، فرأى ابن القاسم في المدونة أن النقل فوت لأن الغاصب غرم على حمله مالاً، وقاعدة أشهب في هذا الباب أن يحمل على الغاصب لظلمه، وتفرقة أصبغ استحسان.

وعلى قول ابن القاسم: إنه ليس عليه إلا مثله لمكان الغاصب، فلو اتفق على أن يأخذه بعينه أو مثله بموضع نقله فيه أو يأخذ فيه ثمناً جاز بمنزلة القرض قبل قبضه وقال أصبغ: قيل: ويسقط التعجيل لئلا يدخله فسخ الدين في الدين، وحكى عن مالك منع أخذ الطعام مخالفاً للطعام المنقول، وكذلك قال العراقيون: إن حكم طعام الاستهلاك حكم طعام البيع.

وقوله: (**وَهُوَ مَعَهُ بِعَيْنِهِ**) احترز لو لم يكن معه فإنه ليس له إلا مثله ببلد الغصب عند ابن القاسم، وقال أشهب: له أن يغرمه مثله بالبلد الذي لقيه فيه إن كان سعر البلدين سواء أو كان سعر البلد الذي لقيه فيه أرخص، وخرج اللخمي على قوله فيما إذا عدم الإبان فيما له إبان أن يكون له هنا أخذ القيمة إذا بعد ما بين البلدين.

وقوله: (**وَلا خِلافَ أَنَّ الْغَاصِبَ يُمْنَعُ مِنْهُ**) أي من الطعام وشبهه من المثليات حتى يتوثق منه، أي برهن ثقة أو بضمان.

فرع:

ولو أراد المغصوب منه تكليف الغاصب برد شيئه إلى مكان الغصب فليس له ذلك على المشهور خلافاً للمغيرة، فإنه قال: إذا غصب خشبة من عدن وأوصلها إلى جدة بمائة دينار أن لربها أن يكلفه ردها إلى مكان الغصب، وله أن يأخذها بعينها، قال: وإن نقلها بوجه شبهة، وقيمتُها حيث وصلتْ أكثر من قيمتها في المكان الذي منه نُقلت فأراد ربها أخذها، كلف أن يدفع لحاملها الأقل من كرائها أو ما زاد في قيمتها.

وذكر ابن حبيب في من استؤجر على حمل ينقله إلى بلد فنقل غيره خطأً أنَّ لصاحبه تضمين الناقل أو أخذ ما نقله بعد أن يؤدي الكراء عند ابن القاسم، ولا يلزمه عند أشهب ولا يلزم الحَمَّال إعادته إلى موضعه، وليس للحمال قول إن قال: أنا أرده إلى مكانه وعلى الحمال أن يرجع فيحمل ما استؤجر عليه.

اللخمي: قال أصبغ في الواضحة في هذا: إن صاحب الأحمال مخير بين أن يلزمه ردها أو يأخذها ولا كراء له، إلا أن يعلم أن صاحبها كان راغباً في وصولها فيكون عليه كراء المثل.

فَإِنْ أَتْلَفَ حُلِيّاً فَقِيمَتُهُ، وقِيلَ: مِثْلُهُ

يعني: أن في المثلي إذا دخلته صنعة فذهب ابن القاسم أنه يصير من المقومات، ورأى غيره وهو في المدونة أيضاً أنه لا يتغير، ونحو هذه المسألة الغزل إذا استهلك وسيأتي.

وَلَوْ كَسَرَهُ أَخَذَهُ وَقِيمَةَ الصِّيَاغَةَ

أي: لو كسر الحلي أخذه وقيمة الصياغة؛ لأنها كسلعة مضافة إلى عين الذهب أو الفضة، هذا مذهب ابن القاسم في باب الغصب وفي الرَّهن، وكان ابن القاسم يقول: إذا كسر الخلخالين فإنما عليه ما نقصت الصياغة ثم رجع إلى أنه يغرم قيمتها ويكونان له.

أبو عمران: وقوله: (ما نقصت الصياغة) و(**قِيمَةَ الصِّيَاغَةَ**) سواء، إنما يعني بذلك ما بين قيمتها صحيحين ومكسورين.

ابن عبد السلام: ويحتمل أن يريد بقوله: ما نقصه فساد الصياغة من قيمة الجميع مصوغا، وهو ظاهر كلامه، فيكون في المسألة ثلاثة أقوال، ولأشهب في الموازية: عليه أن يصوغَها له وهو أحب إلي من قيمتها أو مما تنقص وقد قال مالك فيها: وفي الجدار يهدمه: فإن لم يقدر أن يصوغها فعليه ما نقصها، وانظر هل يأتي القول الذي في الرهن بغرم ما نقص في الغصب أو لا؟ وقد قال أبو الحسن لما تكلم على مسألة الرهن: أنزله فيما نقص منزلة المكتري أو المودع إذا تعدى؛ لأنه مأذون لهما في الحوز فلا يغرم إلا ما أتلف، وأنزله في القول الآخر منزلة الغاصب؛ لأنه ضامن لهما لو هلكا.

لَوْ أَعَادَهُ عَلَى حَالِهِ أَخَذَهُ بِغَيْرِ غُرْمٍ، وقِيلَ: فَثَمَنُهُ وعَلَى غَيْرِهَا فَقِيمَتُهُ

يعني: فإن أعاد المصوغ بعد كسره مصوغا فإما على حالته الأولى أو غيرها، فإن كان على حالته الأولى فذكر **ابن راشد** قولين: **والأول:** لابن القاسم وأشهب، **والثاني** لمحمد، واختار اللخميُّ ألا شيء عليه، والثاني هو الجاري على مذهب من يرى أنه يلزمه في الصياغة قيمتها، وإنْ أعاده على غير هيئته فعليه القيمة على قول أشهب أنه تلزمه إعادة المصوغ كما كان يلزمه ذلك هنا، والله أعلم.

فَلَوِ اشْتَرَاهُ غَيْرَ عَالِمٍ بِغَصْبِهِ فَكَسَرَهُ، ورَدَّهُ عَلَى حَالِهِ لَمْ يَأْخُذْهُ إِلا بِقِيمَةِ صِيَاغَتِهِ لأَنَّهُ لَمْ يَتَعَدَّ ....

يعني: أن المشتري من الغاصب إن كان عالماً بالغصب فهو كالْغَاصب، وإن لم يعلم فحكمه كالاستحقاق، ولا يأخذه ربه إلا بقيمة صياغته؛ لأنه لم يتعد في الكسر هكذا قال اللخمي وغيره.

ابن عبد السلام: وما ذكره المصنف في هذا الفرع هو منصوص عليه في الفرع بعينه وفي الدار يهدمها المشتري بخلاف الشاة يذبحها والثوب يقطعه والعصا يكسرها وشبه ذلك وهو مشكل وأصل المذهب أن كل ما أتلفه المشتري متعمدا فإنه يضمنه سواء انتفع أو لم ينتفع، وما أتلف بأمر من الله فلا شيء عليه فيه، وما أتلفه خطأ فقولان: أشهرهما أنه يضمن، فقول [٥٧٧/ أ] المصنف في توجيهه هذا الفرع: لأنه لم يتعد لا يكفي، والله أعلم.

وَلَوْ طَحَنَ الْقَمْحَ فَمِثْلُهُ، وقَالَ أَشْهَبُ: ولَهُ أَخْذُهُ بِغَيْرِ غُرْمٍ

الأول: مذهب ابن القاسم في المدونة وغيره، ورأى غيره أن الطحن فوت كالنقل، وخيره أشهب بين المثل وأخذه مطحونا مجاناً، حملاً على الغاصب على قاعدته، هكذا حكى ابن يونس وغيره قول أشهب. وفهم التخيير من كلام المصنف من قوله: (**وَلَهُ أَخْذُهُ**) فإنه في تقدير فله المثل وله أخذه بغير عوض والقولان لمالك، واختار جماعة قول أشهب؛ لأن الظالم أحقُّ أن يحمل عليه ولهذا لم يجزه ابن القاسم بوجوب المثل بل قال في باب الغصب: ومن غصَبَ حِنْطَةً وطحنها دقيقاً فأحب ما فيه إلي أن يضمن مثل الحنطة.

وَلَوِ اسْتَهْلَكَ غَزْلاً فَقِيمَتُهُ، وقِيلَ: مِثْلُهُ

هو ظاهر وهو مبني على ما تقدم.

فرع:

ولو استهلك طعاماً ما في زمن الغلاء ثم حكم عليه في الرخاء، فالمشهور أنه إنما يقضي بالمثل وقيل: بقيمته يوم الغلاء.

وأشار اللخمي إلى أن القول بتغريمه القيمة مخرج على القول بأن الغاصب يغرم أغلى القيم.

وَالْمُقَوَّمُ كَالْحَيَوَانِ والرَّقِيقِ والْعُرُوضِ تَتْلَفُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ تُضْمَنُ بِقِيمَتِهَا يَوْمَ الْغَصْبِ، وقَالَ أَشْهَبُ: بِالأَكْثَرِ مِنَ الْغَصْبِ إِلَى يَوْمِ التَّلَفِ...

لما ذكر أن المغصوب مثلي ومقوم، وتكلم على المغصوب المثلي، تكلم هنا على المقوم وذكر أنه يضمن بقيمته وهو المذهب، ونقل الباجي أنه روي عن مالك أنه يضمن بالمثلي، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة.

المازري: وهكذا وجد في نسخ من المنتقى، وهو وهم منه ومن الرواة الذين ذكروا ذلك عنه.

وقوله: (**تَتْلَفُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ**) احتُرز به من التلف بجناية الغاصب أو غيره وسيأتي. والمشهور كما قدمه أن القيمة تعتبر يوم الغصب، وقال أشهب وابن وهب وعبد الملك: يضمن بالأكثر من يوم الغصب إلى يوم التلف؛ لأنه في كل زمان غاصب، ويدخل في المقوَّم المثلي الجزاف.

واختلف إذا طلب المغصوب منه في الجزاف أن يقضي له بمكيلة أو وزن يتحقق أن الجزاف المستهلك لا يقصر عنها - على قولين: **أحدهما** تمكينه من ذلك؛ لأن الأصل القضاء فيه بالمثل، وإنما عدل عن ذلك للقيمة لامتناع الاطلاع على حقيقة المماثلة في المكيل والموزون، فإذا طلب ما هو أقل من حقه لم يمنع من ذلك.

والقول الثاني أنه لا يمكن من ذلك؛ لأن نفس الاستهلاك أوجب القيمة، فليس للمغصوب منه تغيير هذا الحكم.

فَإِنْ أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ خُيِّرَ بَيْنَ الْقِيمَةِ مِنَ الْجَانِي يَوْمَ الْجِنَايَةِ وَبَيْنَ مَا عَلَى الْغَاصِبِ

يعني: وإن أتلف أجنبي المغصوب - يريد غير الغاصب - يوم الجناية، فربه مخير إن شاء أخذ القيمة من الجاني يوم الجناية، وإن شاء أخذ ما على الغاصب، وأبهم المصنف في قوله: (**وَبَيْنَ مَا عَلَى الْغَاصِبِ**) قدر الإدخال على المشهور ومقابله: وإنما خير؛ لأن كل واحد منهما حصل منه سبب الضمان هذا بالغصب وهذا بالتلف.

بِخِلَافِ الْغَاصِبِ عَلَى الْمَشْهُورِ

يعني: بخلاف ما إذا كان القتل من الغاصب، فإن المشهور أنه لا تخيير لربه، وإنما يأخذه بالقيمة يوم الغصب وهو قول ابن القاسم وأشهب، وقال سحنون وابن القاسم في أحد القولين: وله أخذه بالقيمة يوم القتل كالأجنبي؛ لأن القتل فعل ثان ومن حجة ربه أن يقول: لا أؤاخذه بوضع اليد وإنما أؤاخذه بالقتل. **ابن راشد**: وهو أقيس.

ابن عبد السلام: وهو ظاهر إلا أن ابن القاسم لم يعتبر تعدد الأسباب في الضمان إذا كانت من فاعل واحد بل اقتصر على الأول منهما، وحكى ابن يونس أن سحنون رجع إلى قول ابن القاسم.

تنبيه: ما ذكر المصنف من مخالفة إتلاف الغاصب لإتلاف الأجنبي على المشهور هو الصواب، وقد ذكر في المدونة وغيرها، وظاهر كلامه في الجواهر أنه لا فرق على المشهور بين جناية الغاصب وغيره.

ثُمَّ يَتْبَعُ الْغَاصِبُ الْجَانِيَ بِجَمِيعِ الْقِيمَةِ

يعني: إذا اختار المغصوب منه اتباع الغاصب، وترك طلب الجاني فللغاصب إذا أخذت القيمة منه اتباع الجاني بجميع قيمة السلعة يوم الجناية؛ لأن أخذ ربها قيمتها من الغاصب تمليك للغاصب لها.

وقوله: (**بِجَمِيعِ الْقِيمَةِ**) أي إذا كانت مساوية لما أخذ منه أو كانت أقل مما أخذ منه، أما إن كانت القيمة يوم الجناية أكثر فقد نبه عليه بقوله:

فَإِنْ كَانَ مَا أَخَذَهُ رَبُّهُ أَقَلَّ مِمَّا يَجِبُ لَهُ عَلَى الآخَرِ فَثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ: يَأْخُذُ الزَّائِدَ مِنَ الْغَاصِبِ لا مِنَ الْجَانِي ....

يعني: فإن أخذ رب المغصوب أقل القيمتين إما من الغاصب أو من الجاني فهل له أن يرجع على الآخر الذي لم يأخذ منه القيمة بتمام أكثر القيمتين؟ في ذلك ثلاثة أقوال:

الأول: إنه يرجع، وهو ظاهر قول أشهب، **والثاني**: إنه لا يرجع، وهو الذي يأتي على قول سحنون، **والثالث**: الفرق، وهو قول ابن المواز: ونص عليه في المدونة في أحد شقي المسألة، أعني أنه يرجع على الغاصب بالقيمة.

ونقل ابن يونس أنه اتفق على ذلك ابن القاسم وأشهب.

ابن المواز: لأنه يقول: إنما أخذت من القاتل ما يجب عليه للغاصب ولي على الغاصب أكثر منه، فصار كغريم غريمي، وألزم على هذا بعض القرويين أنه لو كان للغاصِب غُرماء لم يكن هذا أحق بما أخذ من الغرماء؛ لأنه إنما يأخذ ذلك على الغاصب من غريمه إلا أن يريد رفع الضمان عن الغاصب فلا يتبعه بقيمة ويكون أولى بما أخذ من الجاني من غرماء الغاصب.

وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ [٥٧٧/ب] فِي مَنْ سَاقَ سِلْعَةً فَأَعْطَاهُ غَيْرَ واحِدٍ فيهَا ثَمَناً فَأُتْلِفَتْ ضَمِنَ مَا أَعْطَى فيهَا، وقَالَ سَحْنُونٌ: قِيمَتَهَا ....

ما حكاه عن ابن القاسم هي رواية عن مالك في العتبية، وزاد: إذا كان عطاء قد تواطأ الناس عليه، ولو شاء أن يبيع به لباع، وقال سحنون: لا يضمن إلا القيمة؛ إذ هي من المقومات، وقال عيسى: يضمن الأكثر من الثمن أو القيمة، وجعله في البيان تفسيراً لقول مالك.

قال: كذا هو منصوص لمالك، فليس في المسألة إلا قولين وجعلها غيره ثلاثة على ظاهرها.

فَإِنْ وَجَدَهُ فِي غَيْرِ مَكَانِهِ؛ فَثَالِثُهَا لابْنِ الْقَاسِمِ: إِنْ كَانَ حَيَوَاناً فَلَيْسَ لَهُ إِلا أَخْذُهُ، وَفِي غَيْرِهِ: يُخَيَّرُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ قِيمَتِهِ فِي مَوْضِعِهِ

تقدم كلامه في نقل المثلي، وتكلم هنا على نقل المقوَّم، وقد تقدم أن القول الثالث دليل على الأولين، فيكون **الأول** ليس لربِّه إلا أخذه وهو قول سحنون.

والثاني: يخيَّر ربُّه في أخذه أو أخذ قيمته في موضع غصبه، قال في المقدمات: وهو قول أصبغ وظاهر روايته عن أشهب، وذكره ابن يونس والباجي تصريحاً، واختاره ابن المواز وقيده بالبلد البعيد عن محل الغصب.

والثالث: الفرق بين الحيوان والعروض فليس له إلا أخذ الحيوان، ويخير في العروض، ونسبه المصنف لابن القاسم تبعاً لابن شاس، وقال **ابن عبد السلام**: إنما هو رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك في المجموعة وفيه نظر لما ذكر عن ابن يونس، نعم ذكر الباجي أن ابن القاسم رواه عن مالك في المجموعة ولا يلزم من ذلك أن يكون ابن القاسم لم يقل به .

قال في المقدمات بعد ذكر الثالث: وهذا في الحيوان الذي لا يحتاج إلى الكراء عليهم؛ كالدَّوَابِّ والوَحْش من الرقيق، وأما الرقيق الذي يحتاج إلى الكراء عليهم من بلدٍ فحكمهم كالعروض، وحكى ابن زرقون وغيره عن ابن القاسم في الموازية قولاً آخر أن نقل الحيوان والعروض فوت يوجب له قيمة الحيوان والعروض يأخذ بها حيث لقيه.

فَلَوْ وَجَدَ الْغَاصِبَ خَاصَّةً فَلَهُ تَضْمِينُهُ

يعني: (**فَلَوْ وَجَدَ**) المغصوب منه (**الْغَاصِبَ**) بغير بلد الغصب، وليس معه الشيء المغصوب.

ابن راشد: فلا يختلف أن له تضمينه القيمة لما عليه من الصبر في الضرر، وله الصبر إلى البلد، لكن يكلف الغاصب الخروج مع المغصوب منه أو مع وكيله ليقبض منه المغصوب.

وَلَوْ رَجَعَ بِالدَّابَّةِ مِنْ سَفَرٍ بَعِيدٍ بِحَالِهَا لَمْ يَلْزَمْه سِوَاهَا عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ بِخِلافِ تَعَدِّي الْمُكْتَرِي والْمُسْتَعِيرِ، وَفِي الْجَمِيعِ قَوْلانِ

أي: (**لَوْ رَجَعَ**) الغاصب (**بِالدَّابَّةِ مِنْ سَفَرٍ بَعِيدٍ**) وأحرى القريب (**بِحَالِهَا**) ولم تتغير، لم يلزم الغاصب (**سِوَاهَا**) فلا تلزمه قيمة الدابة ولا كراء تلك المسافة (**بِخِلافِ**

تَعَدِّي الْمُكْتَرِي والْمُسْتَعِيرِ) إذا زاد في المسافة زيادة بعيدة فإن ربها بالخيار، فإن أحب أخذها وأخذ كرائها من موضع التعدي إلى غايته، وإن أحب أخذ قيمة دابته من المكان الذي تعدى منه وله الكراء الأول في الكراء، وهكذا قال مالك في المدونة وفي الموطأ.

قوله: **(وَفِي الْجَمِيعِ قَوْلانِ)** يحتمل أن يريد في كل مسألة قولان: أحدهما قول ابن القاسم ويكون نبه بهذا على أن في كل مسألة قولين، والمشهور متعاكس، ويحتمل أن يريد: في كل مسألة قولان غير قول ابن القاسم، ويكون في مجموع المسألة ثلاثة أقوال، وإلى هذا ذهب **ابن عبد السلام**، وأحد القولين: ليس لربِّها إلا الدَّابة في الغصب والتعدي معاً، وليس له تضمين القيمة.

والقول الثاني: إنه مُخَيَّر في الجميع بين أخذ الدابة وأخذ قيمتها.

وفهم من قوله: **(مِنْ سَفَرٍ بَعِيدٍ)** أنه لو تعدى بها المستعير أو المكتري موضعاً قريباً أو زمناً قريباً، أنه لا يكون له تضمين الدابة.

وفي الباجي: إذا أمسكها أياماً يسيرة زائدة على أيام الكراء فلا ضمان عليه، وإنما له الكراء في أيام التعدي مع الكراء الأول، قاله مالك وأصحابه.

فإن قلت: فما الفرق على قول ابن القاسم؟ **قيل**: قال في النكت: لأن المستعير والمكتري إنما تعديا على المنافع لا على الرقاب، فغرما كراء تلك المنافع، والغاصب إنما غصب الأعيان فلم تكن عليه قيمة المنافع، ولو أنه قصد إلى غصب المنافع خاصة، لكان عليه كراؤها مثل أن يريد دابة يكريها إلى موضع، فيأخذها غصباً مما يعلم أنه لم يقصد غصب الرقبة، قال في النكت: وينبغي في المكتري والمستعير إذا تعديا بالدابة المسافة وأصابها في ذلك عيب يسير فوجب لربها ما نقص العيب – أن يُسْقِطَ من كراء الزيادة على المسافة مقدار ذلك الجزء الذي نقص من قيمة الدابة مثل أن يكون نقصها العيب

الخمس، فيسقط من كراء الدابة الخمس أو الربع، فيسقط من كراء الدابة ربعه وأبى هذا بعض شيوخنا من أهل بلدنا، وهو صواب عندي فتأمله.

وَفِيهَا: لَوْ نَقَلَ الْجَارِيَةَ إِلَى بَلَدٍ ثُمَّ اشْتَرَاهَا مِنْ رَبِّهَا فِي بَلَدٍ آخَرَ جَازَ، وقَالَ أَشْهَبُ: بِشَرْطِ أَنْ تُعْرَفَ الْقِيمَةُ، وَيُبْنِدِلُ مَا يَجُوزُ فِيهَا بِنَاءً عَلَى أَصْلَيْنِ: السَّلامَةِ ووُجُوبِ الْقِيمَةِ....

أي: لو (**لَوْ نَقَلَ**) الغاصب (**الْجَارِيَةَ**)، وتصور المسألة ظاهر من كلامه، وهذه المسألة نص عليها في المدونة في الصرف.

وقوله: (**جَازَ**): أي الشراء بناء على أن الأصل سلامتها في موضعها، ورأي أشهب أن قيمتها قد وجبت على الغاصب بوضع يده عليها، فلابد أن تعرف قيمتها ويشتريها بما يجوز له أن يشتري به تلك القيمة، وبه قال سحنون ومال إليه ابن المواز؛ لأن رفع العدوان كان من حق ربِّ الجارية، فليس من حقه عقد المعاوضة فيها على الضرر، ودلت هذه المسألة على أنه ليس من شرط بيع المغصوب من الغاصب أن يخرج من يد الغاصب ويقيم بيد ربه مدة كما اشترطه بعضهم.

وَإِذَا حُكِمَ بِالْقِيمَةِ مَلَكَهُ الْغَاصِبُ فَلا رُجُوعَ لَهُ فِي مِثْلِ الآبِقِ [٥٧٨/أ] عَلَى الْمَشْهُورِ، فَإِنْ كَانَ قَدْ مَوَّهَ فَلَهُ الرُّجُوعُ ....

يعني: إذا زعم الغاصب أن العبد أبق أو ضلت الدابة وشبه ذلك، فقضي عليه بالقيمة ثم وجد الآبق ونحوه، فإن كان قد تبين كذبه وهو معنى قوله: (**قَدْ مَوَّهَ**) أي أظهر خلاف ما كان فله الرجوع فيه أي وله أن يبقى على أخذ القيمة، وإن لم يتبين كذبه وتبين صدقه، فالمشهور أنه لا رجوع لربه فيه، وتمضي المعاوضة، وقيل: له الرجوع كما لو موَّه بناءً على أن المعاوضة وقعت على غير المغصوب أو عن الحيلولة بينه وبين ربِّه، فإذا وجدت زالت الحيلولة.

أشهب: ويحلف أنه لم يخفها عن ربها، ولقد كانت فاتت من يده، وتبقى له إذا كانت على الصفة التي حلف عليها.

أبو الحسن: وقوله تفسير، قال في المدونة: إلا أن يظهر أفضل من الصفة بأمر بين، فلربها الرجوع بتمام القيمة، وكأن الغاصب لزمته القيمة فجحد بعضها، وقاله أشهب، ومن قال: له أخذها؛ فقد أخطأ كما لو نكل الغاصب عن اليمين في صفتها وحلفت على صفتك ثم ظهرت على خلاف ذلك، كنت قد ظلمته في القيمة فيرجع عليك بما تزيد عليه، لا يكون له رد الجارية، وحكى اللخمي عن ابن القاسم في المبسوط أن للمغصوب منه رد القيمة وأخذ الجارية، أعني إذا ظهر أن صفتها على خلاف ما حلَفَ عليه.

ابن يونس: قال بعض الفقهاء: وينبغي أن لو أقرَّ الغاصب بخلاف ما غصب مثل أن يقول: غصبت جارية ويقول المغصوب منه: غصبت عبداً فكان القول قول الغاصب ثم ظهر أنه عبد، أنَّ له الرجوع فيه كالذي أخفى ذلك؛ لأنه لم يغرم من قيمة الصفة شيئاً، بخلاف العبد، ويختلفان في الصفة.

وانظر: لو غصب جارية سوداء للخدمة قيمتها عشرون، وقلت أنت: جارية بيضاء قيمتها مائة مما يصلح للوطء فالأظهر أن ذلك كجحد الصفة. انتهى باختصار.

وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ فِي تَلَفِهِ وصِفَتِهِ ومَبْلَغِهِ

يعني: إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه، هل تلف الشيء المغصوب أم لا؟ واختلفا في صفته أو مبلغه، فالقول قول الغاصب؛ لأنه غارم.

وفي المدونة: وإن غصب جارية وادَّعى هلاكها واختلفا في صفتها صُدِّق الغاصب في الصفة مع يمينه إذا أتى بما يشبه، فإن جاء بما لا يشبه صُدِّقَ المغْصُوب منه مع يمينه، وكذلك نص مالك في المدونة وفي العتبية على وجوب اليمين على الغاصب إذا اختلفا في

العدد، ولم أرَ في الأمهات وجوبَ اليمين على الغاصب إذا ادَّعى التلف، لكن نص فيها في الشيء المستحق أنه إذا كان مما يغاب عليه أنه يحلِف إذا ادَّعى المشتري تلفه، وكذا في رهن ما يغاب عليه ولا يمكن أن يكون الغاصب أحسن حالاً منهما، وقد نص ابن **عبد السلام** على وجوب اليمين هنا في التلف، وقال أشهب: يصدق الغاصب مع يمينه، وإن ادعى ما لا يشبه كما لو قال: هي بكماء صماء.

وفي العتبية عن مالك في من غصَبَ صرَّةً من رجلٍ والنَّاس ينظرون إليه وطرحها في متلف فادعى ربها عدداً وكذبه الآخر ولم يفتحها ولا يدري المنتهب كم فيها؛ أو لم يطرحها ثم يختلفان؛ أنَّ القول قول المنتهب مع يمينه.

وقال مطرف وابن كنانة وأشهب: القول في هذا وشبهه قول المنتهب منه، وإن ادَّعى ما يشبه أن مثله يملكه.

ابن يونس: يريد ويحلف، وقد اختلف في يمينه كالذي يدعي على رجل مائة فيقول المطلوب: لا أدري ألك علي شيء أم لا؟

فقيل: يأخذ المدعي ما قاله بغير يمين؛ لأنه لا حقيقة عنده ولأن الشاكَّ لو حَلَفَ لم يمكنه أن يحلف، فيقضي أنْ لا فائدة في يمين المدعي للتحقيق، وأما إذا ادعى طرحها، ولم يفتحها فالقول قول المنتهب منه مع يمينه؛ لأنه يدعي حقيقته وأما إن غاب عليها وقال: الذي كان فيها كذا؛ فالقول قول المنتهب مع يمينه. انتهى.

وَلَوْ وَلَدَتْ ثُمَّ مَاتَ الْوَلَدُ فَفِي الضَّمَانِ فِيهِ: قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ، وَلَوْ قَتَلَهُ ضَمِنَهُ ....

يعني: إذا (**وَلَدَتْ**) الأمة المغصوبة، فإن قتل الغاصب الولد ضمنه اتفاقاً، وإن مات بسماوي فقال ابن القاسم في المدونة: لا ضمان عليه فيه، وقال في كتاب ابن شعبان:

يضمنه؛ وهو قول أشهب وابن وهب وعبد الملك، وهم على تغليب شبه الوديعة في الولد أو الغاصب؛ لأن الذي باشره الغصب إنما هو الأم وحدها، وكذلك اختلف أيضاً إذا ماتا معاً هل يضمن إلا الأم أو يضمنهما ؟

ورجح قول ابن القاسم هنا بأن الغاصب إذا ضمن قيمة الولد فإنما يضمنها يوم الغصب، فيقدر كأنه ملكها من يومئذ، فيكون ولدها نشأ عن ملكه، فإن ماتت الأم وحدها فأشهب يقول: يأخذ ربها قيمتها مع عين الولد، وابن القاسم يقول: ليس له إلا أخذ القيمة دون الولد أو أخذ الولد دون القيمة وإن وجدا معاً، فاتفق ابن القاسم وأشهب على وجوب ردهما معاً وهذا هو المعروف، بل حكى صاحب المقدمات اتفاق المذهب عليه، ونقل غيره عن السيوري أنه قال: الولد غلة لا يلزم رده، وحيث ألزمنا الغاصب قيمة الولد فالمعتبر في ذلك يوم الولادة، ونص عليه أشهب في الموازية، وخرج اللخمي على القول بأن الغاصب يغرم أعلى القيم أي يغرم قيمة الولد [٥٧٨/ ب] يوم الموت، ورد بأن الولد قد قيل: إنه غلة لا يلزم رده لو كان موجوداً، فلا يمنع أن يراعى فيه هذا الخلاف.

وَإِذَا تَعَيَّبَ بِسَمَاوِيٍّ فَلَيْسَ لَهُ إِلا الْقِيمَةُ أَوْ أَخْذُهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ

يعني: إذا تعيب الشيء المغصوب (**بِسَمَاوِيٍّ**) أي بأمر من الله لا بجناية الغاصب أو أجنبي، فربُّه مخير في أمرين لا ثالث لهما: إمَّا أن يأخذ المغصوب منه (**الْقِيمَةَ**) يوم الغصب أو يأخذه بعينه (**بِغَيْرِ شَيْءٍ**) أي بغير أرْشِ العيب؛ لأن المغصوب منه كان قادراً على تضمين الغاصب جميع القيمة فتركها.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المؤلف أنه لا فرق في العيب بين أن يكون يسيراً أو كثيراً وهو المشهور.

وحكي ابن الجلاب قولاً آخر أنه: لا يضمن المغصوب بحدوث عيب يسير.

عياض: ورجحه بعض المتأخرين من شيوخنا، انتهى.

وفي الموازية: إذا غصب داراً فانهدم بعضها في يده، أنه لا يضمن إلا قيمة ما انهدم أو يأخذه على ما هو عليه، فإن انهدم جلها ضمن الغاصب قيمتها، فقال اللخمي: هو مثل ما في الجلاب، وزاد عليه المازري بأنه يحتمل أن يرى في هذا القول ثبوت الدار كسلع متعددة فلا يضمن جملتها بهلاك بعضها، ورد بأنه لو راعى ابن المواز هذا لما فرق بين انهدام جل الدار وبين ما هو دون ذلك.

وحكى المازري قولاً ثانيًا عندنا: إن للمغصوب منه في العيب الكثير أن يأخذ السلعة وقيمة ما نقصها.

وَبِجِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ - لَهُ أَخْذُهُ وإتْبَاعُ الأَجْنَبِيِّ أَوْ أَخْذُ قِيمَتِهِ مِنَ الْغَاصِبِ يَوْمَ الْغَصْبِ ثُمَّ يَتْبَعُ الْغَاصِبُ الْجَانِيَ ....

يعني: وإن تعيب المغصوب (**بِجِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ**) غير الغاصب، فربه بالخيار في وجهين: إما أخذ عين شيئه ويتبع الجاني بقيمةِ الجنَايَةِ وإمَّا أخذ قيمته كاملة من الغاصِب يوم الغصب ثم يتبع ربَّ السلعة وليس لربِّ السّلعة أن يُضمِّن الغاصب قيمة الجناية، قاله في المدونَّة.

وقِيلَ: إذا كانت قيمتها يوم الغصب عشرين ونقصها القطع النصف فأخذها ربها وما نقصها وذلك عشرة -نظراً إلى قيمتها يوم جناية الأجنبي عليها - فإن كانت مائة وقيمتها مقطوعة خمسون أخذ ربها من الجاني خمسين فأعطى منها للغاصب عشرة وأخذ البقية.

ابن يونس: وهذا على مذهب أشهب أن الغاصب لا يربح.

ابن عبد السلام: ولا شك في مخالفة هذا القول للمدونة؛ لأنه مكن ربها من أخذ السلعة على ما نقصها.

وَانْكِسَارُ الثَّدْيَيْنِ عَيْبٌ

يعني: إذا غصب أَمَةً قائمةَ الثَّديين فانكسرا فإن ذلك عيب يوجب لربها الخيار كما تقدم بين أن يأخذها ناقصة أو يضمن الغاصب قيمتها، وهكذا نص عليه أشهب، واستغنى المصنف بهذا الفرع عما في المدونة: إذا غصب شابة فهرمت عنده لاستلزام ما ذكره لذلك، واستشكل بعضهم قول أشهب في انكسار الثديين من حيث إنه لم يجعل ما حدث من كبر ذاتها جابراً لعيب انكسار الثديين.

أَمَّا لَوْ نَقَصَ سُوقُهَا مِنْ عَشَرَةٍ إِلَى دِرْهَمٍ لَمْ يَلْزَمْ سِوَاهَا عَلَى الْمَشْهُورِ كَمَا لَوْ زَادَ ....

يعني: أنه اختلف إذا نقص سوق السلعة، فالمشهور أنه لا خيارَ لربِّها وليس له سواها على المشهور، والشاذَّ يرى أن نقص السوق كنقص الذات؛ فيكون لربها الخيار وهو مروي عن مالك، وحجة ابن يونسَ وغيره بأن نقص السوق -لا سيما في المثال الذي فرضه المصنف- لا يقضي على العيب اليسير أيضاً بأنه الجاري على المشهور في المتعدي على الدابة المكتراة يزيد بها على مسافة الكراء ثم يردها على حالها أن لربها تضمينه قيمتها؛ لأنه حبسها على أسواقها وقد تقدم ذلك.

وقوله: (**كَمَا لَوْ زَادَ**) استشهاد للمشهور أي كما لا يعتبر زيادة السوق فكذلك لا يعتبر نقصه، وليس المراد التشبيه لإفادة الخلاف، فإن الخلاف ليس بموجود في الزيادة، وهكذا أشار إليه **ابن عبد السلام**.

وَفِي كَوْنِ جِنَايَةِ الْغَاصِبِ كَالأَجْنَبِيِّ - قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ

يعني: واختلف إذا جنى الغاصب على الشيء المغصوب جناية دون التلف هل ذلك كجناية الأجنبي؟ فيتخير بين أن يأخذه بالغصب ويأخذه بقيمتها يوم الغصب أو يأخذه

بالتعدي فيأخذ سلعته وأرش الجناية، وإليه ذهب ابن القاسم واختاره مطرف وابن الماجشون وابن كنانة، وقال أشهب: ليس لربه إلا أخذه على حاله بغير أخذ أرْش الجناية أو أخذ قيمته يوم الغصب، وهو اختيار محمد وإليه ذهب سحنون؛ لأنه قال: يأتي قول ابن القاسم هذا خلاف ما قاله ابن القاسم في القتل، وإلى هذه المعارضة أشار المصنف بقوله:

وَاسْتُشْكِلَ الْفَرْقُ بَيْنَهُ وبَيْنَ الْقَتْلِ

وذلك لأن ابن القاسم لم يلزم الغاصب إذا قتل المغصوب إلا القيمة يوم الغصب ولم يجعل قتله كقتل الأجنبي، وفرَّق ابن القاسم بأن القتل إتلاف لجميع الذات، وذلك موجب للتضمين فيضمن قيمة المغصوب يوم قطع يده عليه، وأما قطع اليد وشبهه فإن عين المغصوب باقية وإذا بقيت عينه فقد يكون لربه غرض في عين شيئه، وحكى الدمياطي عن ابن القاسم التخيير في قتل الغاصب، وإليه ذهب سحنون في المجموعة ثم رجع عنه، وألزم ابن يونس سحنون على قوله: إن لرب العبد أن يطالب الغاصب بما نقصه القطع أن يقول بذلك لعله إذا كان القطع بأمر من الله لا سبب للغاصب فيه.

وَلَوْ قُتِلَ الْعَبْدُ قِصَاصاً ضَمِنَ

أي: ولو قتل المغصوب بغير سبب الغاصب ضمنه بوضع اليد عليه، ولو كان العبد هو الذي جنى [٥٧٩/ أ] قُتِلَ قِصَاصاً.

وَلَوْ تَعَلَّقَ أَرْشٌ بِرَقَبَتِهِ؛ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: كَعَيْبِ سِلْعَةٍ فَإِنْ أَخَذَ الْقِيمَةَ فَلِلْغَاصِبِ إِسْلامُهُ أَوْ فِدَاؤُهُ، وإِنْ أَخَذَهُ سَيِّدُهُ فَكَذَلِكَ، وقَالَ أَشْهَبُ: يُسَلِّمُهُ السَّيِّدُ أَوْ يَفْدِيهِ أَوّلاً ثُمَّ يَرْجِعُ بِالأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ جِنَايَتِهِ ....

يعني: فإن جنى العبد المغصوب جناية وتعلَّق أرْشُها برقبته، فذلك عيب حدث فيخير ربه بين تضمين الغاصب قيمته أو أخذه بعينه؛ فإن اختار تضمينه صار الغاصب كالمالك، فيخير في إسلامه في الجناية أو فدائه بأرش الجناية، وإن اختار ربُّ العبد أخذه

فكذلك، أي فيخير في إسلامه أو فدائه، ولا شيء لسيد العبد على الغاصب غير هذا، وقال أشهب: يخير سيد العبد كما قال ابن القاسم في إسلامه أو فدائه، وأي الوجهين اختاره كان له بعد ذلك الرجوع على الغاصب بالأقل من قيمة العبد أو أرش جنايته؛ لأنه إذا كان الأرش أقل من القيمة فهو القدر الذي أدخله الغاصب فيه، وإن كانت قيمة العبد أقل فلا يلزم الجاني إلا ذلك وهذا القول أيضاً لابن القاسم في العتبية، قال في البيان: ولا فرق في ذلك بين العمد والخطأ إذا كان العمد لا قصاص فيه بأن يكون على حر أو على عبد وفي الجراح المُتَالِفِ كالمأمومة وَالْجَائِفَةِ، وكذلك إن كانت جنايته على عبد وفيها القصاص، ولم يرد سيد العبد المجني عليه أن يقتص، وأما إن اقتص سيد العبد المجني عليه من العبد المغصوب فيما دون النفس، فليس لسيِّد المغصوب إلا أن يأخذ عبدَّهُ كما هو أو يضمن الغاصب قيمته يوم الغصب، انتهى.

وقال بعض الشيوخ: يحتمل قول أشهب على أن الجناية التي جناها العبد كانت خطأً، فإذا خلص منها بغرامة أرْشِها لم يبق بعد ذلك عيب، قال: وأما إن كانت عَمْداً فهو عيب لازم للعبد ولا يتصور هذا التوجيه فيه.

وَإِنْ صَارَ الْعَصِيرُ خَمْراً فَمِثْلُهُ

أي: إذا غصب عصيراً فصار عند الغاصِب خمراً، فعليه مثل العصير؛ لأن صفته انتقلت إلى ما لا يحُلّ مثله.

قوله: (**فَمِثْلُهُ**) أي إن علم كيله وإلا فقيمته.

وخلّاً خُيِّرَ فِيهِمَا

أي: وإن صارَ العصيرُ خلا (**خُيِّرَ**) في أخذ المثل أو أخذه بعينه؛ لأنه إنما انتقلت صفته خاصة، وقد يقال على مذهب من يعتبر في فوات المغصوب انتقال الاسم: إنه لا يكون عصيراً، وقاله **ابن عبد السلام**.

وَإِنْ صَارَ الْخَمْرُ خَلاً تَعَيَّنَ

إنما يتعين في حق المسلم.

أبو محمد: لأنها قد حلت وليس للغاصب فيها صفة يحتج بها.

بعض الشيوخ: وهو إنما يتمشى على قول من يجيز لصاحبها تخليلها، وأما من يمنع ذلك فيلزمه أن يقول ببقائها ملكاً للغاصب؛ لأنها كانت غير مملوكة للغاصب، ولا لغيره حين كانت خمراً، فإذا تخللت كانت كمن وضع يده على طائر لا ملك لأحد عليه.

إِلا أَنْ يَكُونَ لِذِمِّيٍّ فَيُخَيَّرُ بَيْنَهُ وبَيْنَ قِيمَتِهِ خَمْراً عَلَى الأَشْهَرِ

(**الأَشْهَرِ**) مذهب أشهب، وهو الجاري على قول ابن القاسم: إن من غصب خمراً لذمي عليه القيمة، ومقابله لعبد الملك يتعين الخل كالمسلم، وهو جار على قوله أنه لا قيمة على المسلم إذا غصب خمراً من ذمي.

اللخمي: واختلف بعد القول أن عليه القيمة في من يقومها، فقال ابن القاسم: يقومها من يعرف القيمة من المسلمين، وقال أيضاً: يقومها أهل دينه، وبالأول أخذ سحنون، وقيل: إن الخلاف مبني على خطابهم، فعلى الخطاب لا يضمن المسلم الخمر لهم، وعلى عدمه يضمن؛ والأظهر أن المسلم يضمن لهم ذلك، وإن قلنا: هم مخاطبون لأنهم أقروا على تمليكها.

وَإِذَا زَرَعَ الْبَذْرَ وَأَفْرَخَ الْبَيْضَ فَالْمِثْلُ، وقَالَ سَحْنُونٌ: الْفِرَاخُ لِلْمَالِكِ وَعَلَيْهِ أُجْرَةُ الحضْنِ ....

حاصله أنه اتفق على أن عليه المثل في زرع البذر، واختلف في البيض، والقول الأول لأشهب في المجموعة وقاسه على البذر، وليس بواجب عله الضمان.

ابن عبد السلام: وهو أظهر القولين عندي لا سيما والمحكي عن سحنون أن الغاصب إذا عالجَ المغصوب حتى تغير اسمه عنده، كان للغاصب لا لربه، وقال **ابن راشد**: وقول

سحنون أقيس؛ لأن الفراخ إنما خرجت من بيضة والزرع غير البذر؛ لأنه يتغذى بماء الغاصب وأجزاء الأرض.

وَعَنْ أَشْهَبَ فِي مَن غَصَبَ دَجَاجَةً فَبَاضَتْ وحَضَنَتْ بَيْضَهَا: فَلِلْمَالِكِ كَالولادَة، فَإِنْ حَضَنَتْ غَيْرَ بَيْضِهَا أَوْ بَاضَتْ وحَضَنَهُ غَيْرُهَا فَالدَّجَاجَةُ ومِثْلُ الْبَيْضِ، قَالَ مُحَمَّدٌ: وعَلَيْهِ أُجْرَةُ حضْنِهَا

هكذا نقل ابن يونس ونصه: قال أشهب في المجموعة والموازية: ولو غصب دجاجة فباضت بيضاً وحضنت بيضها، فما خرج من الفراخ فلربها أخذها معها، وإن حضن تحتها بيضا له من غيرها فالفراخ للغاصب والدجاجة لربها، وله فيما حضنت كراء مثلها.

ابن المواز: مع ما نقصها، إلا أن يكون نقصانا بينا فيكون له قيمتها يوم غصبها، ولا يكون له من بيضها ولا من فراخها شيء.

ولهذا قال **ابن عبد السلام**: ما نسبه المؤلف إلى محمد أنه أوجب لربها أجر الحضن حكاه ابن يونس عن أشهب متصلاً بالكلام الأول، وإنما الذي زاده ابن المواز أن لربها ما نقصها، انتهى.

خليل: والظاهر من الكلام أن محمداً وافق على الأجرة، واستشكل قول محمد أن له أجر الحضن مع ما نقصها؛ فإن غرامة [٥٧٩/ ب] ما نقص من الدجاجة يمنع من أن تكون له أجرة الحضن.

قال في الموازية: وإن غصب حمامة فزوجها حماماً له فباضت وأفرخت فالحمام والفراخ للمستحق، ولا شيء للغاصب فيما أعانها ذكره من حضانة، وللمستحق الحمامة فيما حضنت من بيض غيرها قيمة حضانتها، أما ما حضنته غيرها من بيضها فقال محمد: إن له مثل بيض حمامته إلا أن يكون عليه في أخذ البيض ضرر في تكلفة حمام يحضنهم، فله

أن يغرم الغاصب قيمة ذلك البيض. وقال سحنون: الفراخ أيضاً لصاحب البيض وللغاصب أجرة الحضانة.

اللخمي: فوجه الأول أنه غصب ماله مثل فكان القضاء فيه بمثله، ووجه الآخر أن حكم البيض حكم الجنين، ولابن القاسم في سماع سحنون في الرجل يأتي بحمامة أنثى والآخر بحمام ذكر على أن يكون الفراخ بينهما: أن الفراخ بينهما، وفي الرجل يقول للرجل: احضن هذا البيض تحت دجاجتك فما كان من فراخ فهو بيننا؛ أن الفراخ يكون لصاحب الدجاجة ولصاحب البيض بيض مثله.

وَإِذَا صَبَغَ الثَّوْبَ خُيِّرَ الْمَالِكُ بَيْنَ الْقِيمَةِ والثَّوْبِ ويَدْفَعُ قِيمَةَ الصَّبْغِ، وقَالَ أَشْهَبُ: ولا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الصَّبْغِ، أَمَّا لَوْ نَقَصَتْ قِيمَتُهُ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ ولا لَهُ إِنْ أَخَذَهُ....

يعني: وإذا صبغ الغاصب الثوب فزادت قيمته أو لم تزد ولم تنقص فمذهب المدونة؛ أنه يخير المالك بين أخذ قيمة الثوب يوم الغصب أو أخذ الثوب بعد أن يدفع قيمة الصبغ، وقال أشهب يخير بين أن يأخذ قيمة الثوب أو يأخذ الثوب بلا غرم، وفهم كون أشهب يوافق على التخيير من إثبات الواو في قول المصنف: (**ولا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الصَّبْغِ**) فإن ذلك يستدعي تقديم معطوف عليه وهو ما قدمه.

ولعبد الملك في الواضحة مثل قول أشهب وله في المبسوط: التفرقة بإن صبغه شيئاً يسيراً فكذلك، وإن كان كثيراً فلا يأخذه حتى يدفع قيمة الصنعة أو يضمن الغاصب ما غصب أو يكونان شريكين، وأثبت ابن الماجشون في هذا القول الشركة، واختلف عليه هل بقيمة الصنعة أو بما زادت؟

ونص ابن القاسم على نفي الشركة هنا وبذلك على ما قيدنا به كلام المصنف من أن الثوب زادت قيمته ولم تنقص.

قوله في قسيم المسألة: (أَمَّا لَوْ نَقَصَتْ.. إلى آخره): وهو ظاهر؛ لأن ذلك عيب فكان كسائر العيوب.

وَإِذَا ضَرَبَ الطِّينَ لَبِناً ضَمِنَ مِثْلَهُ

لأنه انتقل بالصنعة، وإنما يضمن المثل إن علم قدره وإلا فقيمته، ويأتي على قول عبد الملك الآتي أن له أن يأخذ المطلوب بغير غرم.

وَإِذَا ذَبَحَ الشَّاةَ ضَمِنَ قِيمَتَهَا، وقَالَ مُحَمَّدٌ: إِذَا لَمْ يَشْوِهَا فَلِرَبِّهَا أَخْذُهَا مَعَ أَرْشِهَا

تصور كلامه ظاهر. **ابن عبد السلام**: وظاهره أنه ليس لربها في القول الأول إلا قيمتها، وبعد ذبحها فاتت مطلقاً، وهو ظاهر ما حكاه غيره، وقال بعضهم عن ابن القاسم: إن ربها مخير بين أخذ قيمتها أو أخذها بعينها على ما هي عليه من غير زيادة، وقول محمد هذا، وهو محمد بن مسلمة بعيد عن أصل المذهب، يريد: وكذلك الطبخ.

وَلَوْ غَصَبَ نُقْرَةً فَصَاغَهَا ضَمِنَ مِثْلَهَا، وقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْمَصْبُوغَ والْمَصوغ والْمَصْنُوعَ مَجَّاناً إِذْ لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ

أي: المصبوغ في مسألة الثوب، والمصوغ في النقرة، والمصنوع في الطين، ومعنى (**مَجَّاناً**) باطلاً بغير شيء، وهو ظاهر التصور.

وَإِنْ غَصَبَ سَاجَةً أَوْ سَارِيَةً فَلَهُ أَخْذُهَا ولَوْ بِالْهَدْمِ

الساجة: الخشبة، والسارية: العمود، وما ذكره نحوه في المدونة، وهو المشهور.

وقوله: (**فَلَهُ أَخْذُهَا**) يعني: وله أخذ القيمة.

ابن القاسم في الموازية: وله أخذها وإن بني عليها القصور.

ابن يونس: وقيل: ليس لربها أخذها إذا كان في ذلك خراب بنيان الغاصب؛ لأن ما يدخل على الغاصب في خراب بنيانه أعظم مما يدخل عليه فيها إذا عملها تابوتا، وإذا لم يكن له أخذها في ذلك فأحرى في هدم بنيان الغاصب.

وحكى ابن حارث هذا القول عن أشهب، وزاد ابن القاسم وأشهب اتفاقاً على أن البناء المعتمد على الحجر المغصوب يقلع، وإنما اختلفا فيما انتشر عنه وخرج عن اعتماده، فقال ابن القاسم قولاً مجملا أنه يهدم، وقال أشهب: إذا كان لا سبيل إلى انتزاع الحجر المغصوب إلا بهدم جميع البناء فإنه تجب القيمة لصاحب الحجر.

وأنكر المازري هذا التفصيل وقال: لم ينقله غيره، وإنما المشهور في سائر الدواوين ذكر الخلاف في هدم بناء الغاصب قولاً مطلقاً فيما اعتمد على الحجر المغصوب أو لم يعتمد، ولا يدرى أين وقف ابن الحارث على هذا التفصيل.

ابن القصار: وإذا رضي الغاصب بهدم بنائه لم تلزمه غرامة القيمة، وإن رضي به المغصوب منه، ومال اللخمي وعبد الحميد إلى منع الغاصب من الهدم إذا رضي رب الخشبة بأخذ قيمتها، مالك في الحاوي: وأما من ابتاع خشبة فبنى عليها ثم استحقت فليس لربها قلعها؛ إذ ليس الباني بغاصب.

وَإِذَا بَنَى الْغَاصِبُ خُيِّرَ الْمَالِكُ فِي أَخْذِهِ ودفْعِ قِيمَتِهِ مَنْقُوضاً بَعْدَ إِسْقَاطِ كُلْفَتِهِ مَا لَمْ يَكُنْ يَتَوَلاهَا بِنَفْسِهِ أَوْ بِعَبْدِهِ ....

سكت عما إذا انتقضت لدلالة الكلام المتقدم عليه

وَإِذَا خَصَى الْعَبْدَ فَزَادَتْ قِيمَتُهُ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئاً ويُعَاقَبُ

وفي معنى زيادته عدم زيادته ونقصانه نص عليه ابن شاس، وفي العتبية: من عدا على غلام فخصاه فزاد ثمنه، يقوم على قدر ما نقص منه الخصاء، قال في البيان في باب الرد

بالعيب: يريد إن لم يرد ربه تضمينه واختار حبسه، ومعنى قوله: (قدر ما نقص) عند من لا رغبة له في الخصيان، وقال سحنون: [٥٨٠/ أ] معناه أن ينظر إلى دني يُنقصه الخصاء فما نقص كان على الجاني ذلك في المجني عليه، وقد تأول بعضهم ما في الجراحات من سماع ابن القاسم أن ينظر ما تقع الزيادة فيجعل نقصاناً، فيكون عليه غرمه، وذلك بعيد لا وجه له في النظر، والذي يوجبه النظر أن يكون عليه في الذكر أو الأنثيين قيمة، وفيهما قيمته مرتين كالحر في الدية قياساً على قول مالك في المأمومة والجائفة والمنقلة والموضحة أنه يكون عليه من قيمته بحساب الجزء من ديته، وابن عبدوس يرى أنه إذا زاد الخصاء لا غرم عليه ولا يصح ذلك على المذهب، وإنما يأتي على قول من يقول: لا شيء عليه في المأمومة وشبهها مما لا نقصان فيه بعد البرء، وقول ابن عبدوس هو الذي اقتصر عليه المصنف تبعاً لابن شاس، ولا إشكال في عقوبته.

وَلَوْ هَزِلَتِ الْجَارِيَةُ ثُمَّ سَمِنَتْ أَوْ نَسِيَ الْعَبْدُ الصَّنْعَةَ ثُمَّ تَذَكَّرَها حَصلَ الجبْرُ

هو ظاهر.

وَأَمَّا الْمَنَافِعُ فَإِنْ فاتتْ كَالدَّارِ يقلعها، والأَرْضِ يُبَوِّرُهَا، والدَّابَّةِ يُعَنِّدُهَا، والْعَبْدِ لا يَسْتَخْدِمُهُ - فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لا يَضْمَنُ، وقَالَ غَيْرُهُ: يَضْمَنُهُ وصُوِّبَ ....

لما ذكر أولاً أن الغصب يكون لعين ومنفعة، وتكلم على العين تكلم هنا على المنفعة، يعني وأما المنافع فإن فاتت ولم ينتفع بها الغاصب كالأمثلة التي ذكرها المصنف، فقال ابن القاسم: لا يضمن، وهو المشهور.

أبو محمد: لأنه كمن منعه من وطء أمته أو منع حرةً أو أمةً من التزويج، وقال غيره: لأنه لم يغصب المنفعة ولم ينقلها لا يضمنها كما إذا سجن صاحبها، وذهب مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ وابن حبيب إلى الضمان؛ لأنه أذهب مالاً عن مالكه، فوجب أن

يضمن قياساً على غصب العبد، أما أنه مال فلأنه يجوز أخذ المال عنه ولو لم يكن لما جاز ذلك، ومن هذا الخلاف فيمن غصب دنانير هل يضمن ما كان ربها ربح فيها؟

وقد حكى اللخمي في من غصب دراهم أو دنانير هل يضمن ما يربح أو ما كان ربح فيها صاحبها؟ ثلاثة أقوال: فقيل: لا شيء للمغصوب منه إلا رأس ماله، استنفقها الغاصب أو اتَّجر بها فربح، وهو قول مالك وابن القاسم.

وقيل: إن اتَّجر بها وهو موسر كان الربح له، وإن كان معسراً كان الربح لصاحبها، وهو قول ابن مسلمة وابن حبيب في الولي يتجر في مال يتيمه لنفسه فجعلا له الربح إن كان موسراً أو لليتيم إن كان معسراً.

والقول الثالث أن للمغصوب منه قدر ما كان ربح فيها لو كانت في يده، ذكرها ابن سحنون فيمن شهد بدين حال أن صاحبه أخر الغريم سنة ثم رجع عن الشهادة بعد محل الأجل والدين عيناً أو مما يكال أو يوزن.

وحكى صاحب المقدمات الاتفاق على أن ربح الدراهم والدنانير للغاصب، والخلاف الذي ذكره المصنف إنما هو مبني على المشهور أن الغاصب يرد الغلة، وأما على الشاذ أنه لا يردها فلا إشكال أنه لا شيء عليه هنا، ومعنى (**يُبَوِّرُهَا**) يمنعها من الحرث وعقل الدابة أي من غير عمل.

قوله: (**وصُوِّبَ**) أي: صوبه ابن يونس.

فَإِنِ اسْتَغَلَّ أَوِ اسْتَعْمَلَ ضَمِنَ عَلَى الْمَشْهُورِ، ورُوِيَ: إلا فِي الْعَبدِ والدَّوَابِّ، ورُوِيَ: لا يَضْمَنُ مُطْلَقاً ....

يعني: فإن استغل الغاصب أو استعمل ضمن الغلة على المشهور إذ لا حق للغاصب، وروي: لا ضمان عليه مطلقاً في الحيوان وغيره استغل أو استعمل لقوله عليه الصلاة والسلام: «**الخراج بالضمان**».

فإن قيل: هو خراج على سبب، **قيل**: المختار والاعتماد على عموم اللفظ دون خصوص السبب، وروي أنه يغرم غلة الرباع والغنم والإبل والبقر دون العبيد والدواب.

ابن عبد السلام: وهو مذهب المدونة.

ولعل هذا القول الثاني في كلام المصنف، ويحتمل أن يريد بالدواب مطلق الحيوان وهو قول ابن المعذل، وهو مذهب المدونة في باب الاستحقاق؛ لأنه نص فيها في الباب المذكور على أن الغاصب لا يرد غلة الدواب والعبيد، خلاف ما نص عليه في باب الغصب على ما نقله **ابن عبد السلام**.

والصحيح عند ابن العربي وغيره من المتأخرين ما شهره المصنف من وجوب الغلة مطلقاً، وقد صرح المازري وصاحب المعين وغيرهما بشهرة ما شهره المصنف. قال في المقدمات: وقد اختلف في غلة المغصوب هل حكمها كالمغصوب أم لا؟ فمن قال بالأول وهو أشهب يقول: تلزمه قيمة الغلة يوم قبضها أو أكثر ما انتهت إليه وإن تلفت بأمر من الله تعالى.

وأما القائلون بالثاني فاختلفوا في الغلة بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت ببينة أنه لا ضمان على الغاصب فيها وأنه إن ادَّعى تلفَها لم يصدق وإن كان مما لا يغاب عليه، وتحصيل اختلافهم أن الغلة ثلاثة أقسام:

أولها متولد عنه على هيئته وهو الولد فيردها اتفاقاً.

والثاني: متولد عنه على غير هيئته وهي تمر النخل ولبن الماشية ففي وجوب رده قولان.

والثالث: أن تكون غير متولدة عنه، وهي الأكرية والخراجات ففيه خمسة أقوال فذكر الثلاثة التي ذكرها المصنف، والرابع: يلزمه رد الغلة إن اكترى ولا يلزمه إن انتفع أو عطل، والخامس: يلزمه إن اكترى أو انتفع ولا يلزمه إن عطل.

وفي إطلاقه على الولد غلة تسامح، وهذا القول الأخير يستغنى عنه بما قدمه المصنف في الفرع المتقدم.

وَأَمَّا الْبُضْعُ فَلا يَضْمَنُ إلا بِاسْتِيفَائِهِ لا بِفَوَاتِهِ، فَفِي الْحُرَّةِ صَدَاقُ مِثْلِهَا، وفِي الأَمَةِ مَا نَقَصَهَا، وكَذَلِكَ مَنْفَعَةُ الْحُرِّ ....

لما ذكر أولاً الخلاف فيما إذا عطل المنافع أخرج هذا من ذلك، ولذلك أتى بأَمَّا المشعرة بالتفصيل، ومعنى كلامه أنه إذا منع الحرة أو الأمة من التزويج فلا ضمان عليه، وإنما يضمن بالإفاتة بوطئها لا بحبسها [٥٨٠/ ب] من غير وطء، ومقتضى كلامه أنه إذا غاب على الأمة ولم يطأها لا ضمان عليه.

قال في البيان: وهو مذهب ابن القاسم ولم يفرق بين الرائعة وغيرها، وقيل في الجارية أنه يضمن قيمتها بالغيبة عليها حكاه في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون ومالك وأصحابه ولم يفرق أيضاً في ذلك بين الرائعة وغيرها وقال أصبغ: يضمن إن كانت رائعة؛ وقوله: بالتفرقة جيد.

وقوله: (**وَكَذَلِكَ مَنْفَعَةُ الْحُرِّ**) أي: لا يضمن إلا بالاستيفاء لا بالفوات.

وَلَوْ غَصَبَ مَا صَادَ بِهِ وفَرَّعْنَا عَلَى أَنَّ الْمَنَافِعَ لِلْمَالِكِ فَإِنْ كَانَ عَبْداً فَالصَّيْدُ لِمَالِكِهِ اتِّفَاقاً، وإِنْ كَانَ كَالسَّيْفِ والشَّبَكَةِ والْحَبْلِ فَلِلْغَاصِبِ اتِّفَاقاً، وعَلَيْهِ أُجْرَةُ مِثْلِهِ، والْفَرَسُ كَالسَّيْفِ، وإِنْ كَانَ جَارِحاً فَعَلَى قَوْلَيْنِ بِنَاءً عَلَى التَّشْبِيهِ بِهِمَا....

تقدم الكلام على ذلك في باب الصيد، والمسألة الثانية لا تناسب هذا الفصل.

قوله: (**لِمَالِكِهِ**) أي لمالك العبد يريد على قول أن الغاصب يرد الغلة.

قوله: (**وعَلَيْهِ**) أي وعلى الغاصب (**والْفَرَسُ كَالسَّيْفِ**) أي فالصيد للغاصب وعليه أجرة مثله، وإن كان ما صاد به كلباً أو بازا فعلى قولين بناء على التشبيه بهما، أي بالعبد والسيف، فمن شبهه بالعبد فالصيد لمالكه، ومن شبهه بالسيف والشبكة فالصيد للغاصب وعليه أجرة مثله.

وَإِذَا غَصَبَ دَاراً خَرَاباً أَوْ مَرْكِباً خراباً فَأَصْلَحَهُ فَاغتلَّ، فَقَالَ أَشْهَبُ: مَا زَادَ فَلِلْغَاصِبِ؛ كَسَاحَةٍ يعْمُرُها، وقال محمد: الجميعُ لِلمَالِكِ

وافق أشهب أصبغ.

اللخمي: وهو أبين فيقوم الأصل قبل إصلاحه فينظر ما كان يؤاجر به من يصلحه فيغرمه وما زاد على ذلك فللغاصب.

اللخمي: ولا أعلمهم اختلفوا في من غصب أرضاً فبناها ثم سكن واستغل أنه لا يغرم سوى غلة انتفاعه، ورأى محمد أن جميع الغلة للمغصوب منه، وله أخذ الدار مصلحة ولا شيء عليه إلا قيمة ما لو نزعه لكانت له قيمة، ورأى أن المالك يستحق البناء بقيمته منقوضاً، فيكون مالكه فتكون غلته له، وكذلك ما أخرجه في إصلاح المركب من قلفطته وزفته فلربه أخذ ذلك وجميع الغلة.

محمد: إلا مثل الصواري والأرجل والحبال وما أخذ له ثمن إذا أخذ فللغاصب أخذه إن كان بموضع لا غناء له عنه؛ إذ لا يجد صاريا ولا أرجلا ولا حبلا إلا هذه، أو لا يجد ذلك بموضع ينال حمله إليه إلا بالمشقة والمؤنة العظيمة، وهو مما لابد منه مما يجري به المركب حتى يرده إلى موضعه، فربه مخير بين أن يعطيه قيمة ذلك بموضعه كيف كان أو يسلم ذلك إليه، وعلى هذا ففي قول المصنف (**الجميعُ للمَالِكِ**) إطلاق، وإنما مراد محمد ما ليس له عين قائمة مستقلة.

ابن عبد السلام: وقول محمد أظهر، وقال ابن راشد: والأول أقيس، ويعكس على قول محمد ما حكاه اللخمي في من غصب أرضاً فبناها.

وَحَيْثُ أُلْزِمَ الْغَاصِبُ الْغَلَّةَ فَمَا أَنْفَقَ عَلَى الْعَبْدِ والدَّابَّةِ وسَقْيِ الأَرْضِ وعِلاجِهَا ونَحْوِهِ يُقَاصُّ بِهِ، فَإِنْ زَادَ لَمْ يَرْجِعْ ....

هذا مذهب ابن القاسم في المدونة وحاصله أنه يرجع بالأقل مما أنفق أو الغلة، وقاله ابن القاسم في الموازية ثم رجع في الموازية وقال: لا شيء للغاصب واختاره ابن المواز، والأول أظهر؛ لأن الغاصب وإن ظلم فلا يظلم، ولأن الغلة إنما نشأت عن عمله، فلهذا لو قيل: إنما يرجع فيما زاد عمله في الغلة لكان وجهاً حسناً، وهذا في كل ما ليس للمغصوب منه بد كطعام العبد وكسوته، وعلف الدابة، وأما الرعي وسقي الأرض فإن كان يستأجر له أو كان في يده فكذلك، وإن كان يتولاه بنفسه أو بعبده فلا شيء عليه، وقاله أصبغ في سقي الشجر وحرث الأرض.

اللخمي: وأرى أن يكون على الغاصب الأقل من ثلاثة: إجارة المثل فيما يتولاه الغاصب، أو ما آجر به عبيده أو دوابه، أو تسليم الغلة التي اغتلها الغاصب.

فَلَوْ بِيعَ الْمَغْصُوبُ أَوْ وُرِثَ؛ فَإِنْ عَلِمَ المشتري فَكَالْغَاصِبِ

يعني: فلو باع الغاصب المغصوب، أو مات الغاصب فورثه ورثته، (**فَإِنْ عَلِمَ المشتري**) بذلك والوارث، وفي بعض النسخ: (**علم**) فقط، فيكون الفاعل أحدهما لا على التعيين (**فَكَالْغَاصِبِ**) أي في لزوم رد الغلات؛ لأنه لما علم بالغصب وجب عليه الرد ولا عذر له، بل قال أبو عمران: وإنما يشترط علم المشتري وأما الوارث فإنما ينظر إلى معرفة الناس في ذلك.

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ -فِي السَّمَاوِيِّ ولا فِي الْغَلَّةِ سَكَنَ أَوْ زَرَعَ أَوْ أَكْرَى - ولا عَلَى الْغَاصِبِ مِنْ حِينَ بَاعَ عَلَى الْمَشْهُورِ ....

وإن لم يعلم أحدهما، أي المشتري والوارث فلا شيء عليه مما هلك أو نقص مما لا صنع لأحد فيه، وهو مراده بالسماوي، قال في البيان: باتفاق.

قوله: (**ولا فِي الْغَلَّةِ**) ظاهره أن الغلات تكون للمشتري وللوارث إذا لم يعلما، وهو صحيح في المشتري، وأما وارث الغاصب فلا غلة له باتفاق سواء انتفع بنفسه أو أكرى لغيره، فإن قيل: حكمهم للمشتري بالغلة دليل على أن الضمان منه، وقولهم: لا ضمان عليه في السماوي يدل على أن الضمان ليس منه فما وجه الجميع؟ قيل: إنما نفينا سبباً خاصاً من أسباب الضمان لا مطلق الضمان.

قوله: (**ولا عَلَى الْغَاصِبِ**... إلى آخره) أي لا رجوع للمغصوب منه على الغاصب بالغلة من حين باع على المشهور، وهما مبنيان على القولين فيما عطله الغاصب بالغلة من حين باع على المشهور.

وفِي الرُّجُوعِ عَلَى الْغَاصِبِ الْوَاهِبِ قَوْلانِ

أي: في الرجوع عليه بالغلة التي استغلها الموهوب له.

ابن عبد السلام: وهما كالقولين السابقين، وهكذا نسب اللخمي لابن القاسم أنه لا رجوع على الغاصب في الهبة والتعطيل.

خليل: وفيه نظر؛ لأن في التهذيب: [٥٨١/ أ] ومن وهب لرجل طعاماً أو إداماً فأكله أو ثياباً فلبسها حتى أبلاها ثم استحق ذلك فليرجع بذلك على الواهب إن كان مليئاً وإن كان عديماً أو لم يقدر عليه رجع بذلك على الموهوب له ثم لا يرجع الموهوب له على

الواهب بشيء، وكذلك لو أعاره الغاصب هذه الثياب فلبسها لباساً ينقصها، فعلى ما ذكرنا ثم لا يرجع المستعير بما غرم من نقص الثياب على المعير. انتهى.

عياض: وقوله: (ومن وهب) معناه عندهم أن الواهب غاصب، وقد صرح بذلك ابن يونس واللخمي في نقلهما فقالا: ومن غصب لرجل طعاماً..إلى آخره؛ ولهذا قال **ابن راشد**: الصواب الرجوع؛ لأنه هو الذي أتلفها على ربها ونفي الرجوع مبني على أن الموهوب له هو المباشر، ولما لم يغرم لعذره بالشبهة لم يغرم للغاصب من باب أولى.

وَعَلَى الرُّجُوعِ إِن أعدمَ، فَفِي الرُّجُوعِ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ قَوْلانِ

يعني: وإذا فرعنا (**عَلَى الرُّجُوعِ**) بالغلة على الغاصب الواهب فلو أعسر الغاصب فقال ابن القاسم في المدونة: يرجع المالك على الموهوب كما يرجع على الوارث الغاصب بجامع أن كلا منهما أخذ بغير عوض، وقال أشهب في الموازية: الموهوب له إذا لم يعلم بالغصب كالمشتري لا يرجع عليه بالغلة.

تنبيه: ووقع في بعض النسخ عوض (**أعدمَ**) (أغرم) بالغين المعجمة والراء المهملة والمعنى: إذا رجع على الغاصب بغلة الشيء المغصوب فهل يرجع الغاصب بذلك على الموهوب له؛ لأنه تبين أنه وهب شيئاً لا يملك أو لا يرجع؛ لأنه سلطه على ذلك؟ قولان، وهذا الثاني هو الذي يأتي على قول ابن القاسم في المدونة والأول يأتي على غيره فيها، وسيأتيان عند قول المصنف: (**والمشهور أنه بيد الغاصب**).

وَلَوْ أَكَلُوهُ أَوْ لَبِسُوهُ فَأَبْلَوْهُ فَلِلْمَالِكِ تَغْرِيمُهُمْ قِيمَتَهُ أَوْ مِثْلَهُ يَوْمَ لَبِسُوهُ، أَوْ تَغْرِيمُ الْغَاصِبِ، أو إمْضَاء بيْعِ الغَاصِبِ.

الضمير في (**أَكَلُوهُ**) وما بعده عائد على من حصل له المغصوب من جهة الغاصب وهو وارثه وموهوبه والمشتري منه ونحو ذلك، وإن أكل هؤلاء الطعام أو لبسوا الثوب

حتى أبلوه، فالمالك مخير في أمرين: إما أن يغرمهم قيمة المقوم، ومثل المثلي يوم وضع اليد؛ لأنهم لا علم لهم بالغصب، وإليه أشار بقوله: (**يَوْمَ لَبِسُوهُ**) وإما أن يغرم الغاصب القيمة أو المثل يوم الغصب، وله وجه ثالث في البيع وهو إمضاء بيع الغاصب؛ لأنه بيع فضولي، وظاهر قوله: (**فَلِلْمَالِكِ تَغْرِيمُهُمْ... أَوْ تَغْرِيمُ الْغَاصِبِ**) أن المغصوب منه بالخيار، وليس هو المشهور، والمشهور أنه يبدأ بالغاصب كما سيأتي، ولعل المصنف إنما أراد تعلق الغرامة بهم من حيث الجملة ولكن أطلق لما سيذكره.

واستشكل ابن يونس كون المشتري يضمن القيمة يوم اللبس فقال: وقيل: إن المشتري يضمن القيمة إذا لبسه فأبلاه يوم اللبس، وهذا فيه نظر؛ لأنه غير متعد وهو إذا لبسه يوماً أو أياماً ولم ينقصه ذلك لم يكن عليه شيء، وإنما يضمن قيمته بالاستهلاك، قال: والجواب أنه لمّا كان هلاكه بالانتفاع لم يفرق في ذلك بينه وبين المتعدي الغاصب ألا ترى أن ابن القاسم شبه ذلك بغلته، فلذلك كان عليه قيمته يوم لبسه، وكما لو كان ذلك عنده رهناً أو وديعة.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَتَلَ الْعَبْدَ، فَإِنِ اخْتَارَ تغْرِيمَهُ فَكَانَ أَقَلّ مِنَ الثَّمَنِ فَفِي تَعْيِينِ مُسْتَحَقِّهِ مِنَ الْمُشْتَرِي أَوْ رَبِّهِ قَوْلاَنِ لاِبْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَب ....

وكذلك أيضاً يكون المغصوب منه بالخيار إذا قتل المشتري العبد المغصوب فإن أخذ ربه القيمة منه يوم الجناية وكانت أقل من الثمن فاتفق ابن القاسم وأشهب أن الغاصب لا يستحق زيادة الثمن، واختلفا في من يستحق تلك الزيادة هل المشتري أو المالك؛ فقال ابن القاسم: يستحقها المشتري؛ لأن البيع قد انفسخ بغرم المشتري قيمة ما اشتراه، وقال أشهب بل يرجع المالك بتلك الزيادة على الغاصب ويرجع المشتري بمقدار ما أدّى.

ونقلَ ابنُ يونس عن أشهب مثل ما حكى المصنف عنه ونصه: وقيل عن أشهب: إذا باعها الغاصب - أي الأمة- بمائة وقتلها المبتاع وقيمتها خمسون فأغرمه المستحق قيمتها خمسين، فليرجع المبتاع على الغاصب بما غرم للمستحق في ذلك وهو خمسون ويرجع

المستحق أيضاً على الغاصب بالخمسين بقية الثمن الذي أخذها فيها، قال: ولو كانت قيمتها يوم الغصب مائة وعشرين، فباعها الغاصب بمائة فقتلها المبتاع وقيمتها حينئذ خمسون فأخذ المستحق قيمتها من المشتري على قول أشهب بما غرم وذلك خمسون، ويرجع عليه المستحق بتمام القيمة يوم الغصب وذلك سبعون.

خليل: وجعل **ابن عبد السلام** ما نقله ابن يونس عن أشهب مخالفاً لما حكاه المصنف عنه، وسبب ذلك أنه أسقط ما حكاه ابن يونس بعد قول أشهب فليرجع المبتاع على الغاصب بما غرم للمستحق وفي ذلك خمسين.

قوله: (ويرجع المستحق على الغاصب بالخمسين بقية الثمن الذي أخذه فيها) ورأيت في نسخة مثل ما حكاه، لكن وجدت في نسخ مثل ما حكيته وبه يتفق نقله مع نقل المصنف ثم يلزم على ما حكاه **ابن عبد السلام** أن يكون في كلام ابن يونس إشكال وتناقض، أما الإشكال؛ فلأن قول أشهب على ما نقله أن الخمسين الباقية تكون للغاصب مشكل؛ لأن الغاصب لا يربح وأما التناقض؛ فلأن ما حكاه ثانيًا عن أشهب يناقضه، والله أعلم.

وَفِي كَوْنِ الْخَطَإِ مِنْهُ كَالسَّمَاوِيِّ أَوْ كَالْعَمْدِ قَوْلانِ

تقدم أن المشتري لا يضمن بالسماوي اتفاقاً، وأشار المصنف في المسألة السابقة إلى أنه يضْمَنُ بالعمد ولا خلاف فيه، واخْتُلف في جنايته خطأ، فقال ابن القاسم في العتبية هو كالسماوي، وقال أشهب في المجموعة: يضمن به كالعمد؛وهو أقيس لأن العمد والخطأ [٥٨١/ ب] في أموال الناس سواء.

واختلف في المدونة على أي القولين تحمل، فجعل في البيان ما في العتبية مفسراً له وحمل ما فيها من الضمان إذا قطع المشتري يدها على الخطأ، وقال أبو الحسن: ظاهرها أنه

لا فرق بين أن تكون الجناية عمداً أو خطأ، وقال **ابن عبد السلام** أنه ربما تأول على المدونة أنه عدم الفرق.

وَلا يُصَدَّقُ الْمُشْتَرِي فِي تَلَفِ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ ويحلِفُ ثُمَّ يَغْرَمُهُ إِنْ شَاءَ

هكذا في العتبية؛ لأن فيها: ولو ادعى المبتاع أنها هلكت صدق، وفيما لا يغاب عليه من رقيق وحيوان، ولا يصدق فيما يغاب عليه ويحلف بالله الذي لا إله إلا هو لقد هلكت ويغرم قيمته إلا أن يأتي ببينة على هلاكه من غير شبهة، وكذا يفهم من المدونة، قيل: وإذا صدِّق في ما لا يغاب عليه فإنما ذلك إذا لم يظهر كذبه كالرهن والعواري، وقال أصبغ: يصدق في الضياع فيما يغاب عليه مع يمينه، وإنما حلَّفناه فيما يغاب عليه على الأول مع إنا نضمنه له مخافة أن يكون قد غيبها.

ابن عبد السلام: وإذا بنينا على المشهور وضمناه فخرج بعضهم قولاً بعدم اليمين، وإذا صدقنا المشتري في الهلاك، فلا يرجع بالثمن على البائع منه؛ لأن الضياع هنا كالهلاك، وفاعل (**ويحلِفُ**) عائد على المشتري وكذلك يغرمه، وفاعل (**شاء**) عائد على المستحق.

فرع:

ومتى يضمن ما يغاب عليه؟ نقل ابن يونس عن غيره أن الأشبه إذا رئي الثوب عنده بعد شهر من يوم اشتراه وادَّعى ضياعه لما استحق، إنه إنما يضمن قيمته يوم رئي بخلاف الصانع والمرتهن يدعي ضياعه بعد أن رئي عنده بعد شهر، فإنه يضمن القيمة يوم القبض والفرق أنهما قبضاه على الضمان، فلما غيباه اتهما على أنهما إنما قبضاه ليستهلكاه فأشبها المتعدي، بخلاف المشتري فإنه إنما قبضه على أنه هلكه فلم يتهم.

وَالْمَشْهُورُ أنه يُبَدَّى الْغَاصِبُ عَلَى الْمَوْهُوبِ إِذَا أَكَلَهُ أَوْ أَبْلَاهُ

لاشك إن علم الموهوب له بالغصب أنه كالغاصب يتبع صاحبه أيهما شاء، وإن لم يعلم فالمشهور وهو مذهب ابن القاسم في المدونة أنه يبدأ بالغاصب؛ لأنه كالمسلط للموهوب له، فيرجع عليه بقيمة الموهوب وغلته على القول بالرجوع بها أولاً، فإن كان عديما رجع على الموهوب له.

قال في البيان: وإذا رجع بها أولاً على الغاصب، فلا رجوع له على الموهوب له، وإن رجع أولاً على الموهوب له رجع على الغاصب إذا يسر، وقال غير ابن القاسم في كتاب الاستحقاق من المدونة: يرجع أولاً على الموهوب له؛ لأنه المباشر.

ابن رشد: فإن لم يكن له مال رجع على الغاصب، فإن رجع على هذا القول على الغاصب رجع الغاصب على الموهوب له، وإن رجع على الموهوب له لم يرجع على الغاصب بشيء عكس الأول، ولأشهب قول ثالث أن المالك بالخيار في اتباع أيهما شاء، واختاره ابن المواز وسحنون.

اللخمي: ولا خلاف أن له تغريم الغاصب؛ لأن هبته لا تسقط المطالبة عنه عند علم الغصب، وإن أحب أن يبتدئ بالموهوب فالأقوال الثلاثة، وإن كان الغاصب معسراً فله أخذ المستهلك اتفاقاً، انتهى.

أشهب: بناء على قوله: (ويطلب الغاصب بالقيمة يوم الغصب) أو يطلب الموهوب له بالقيمة يوم إتلافه ما أتلف، فإن كانت قيمته يوم الغصب عشرين، وقيمته يوم الإتلاف ثلاثين، فاختار اتباع الغاصب فأخذ منه عشرين ثم يرجع على الموهوب له بالعشرة الباقية، واحتج أشهب على قول ابن القاسم بموافقته إياه، على أن المشتري من الغاصب إذا لم يعلم بالغصب، فهو كغريم ثان يتبع المالك إن شاء الغاصب، وإن شاء المشتري إذا

أتلف، والفرق لابن القاسم إذا ابتدأ تضمين المشتري كان للمشتري الرجوع على البائع، وهو الغاصب أولاً، كذلك الموهوب له فإنه إذا غرم قيمة المغصوب لم يكن له رجوع البتة على أحد، ومقابل المشهور في كلام المصنف يحتمل أن يريد به الثاني.

ابن عبد السلام: وهو الأقرب لعدم إشعار كلام المؤلف بالتخيير، ويحتمل أن يريد به قول أشهب.

الاسْتِحْقَاقُ: فَإِنِ اسْتُحِقَّتِ الأَرْضُ مَزْرُوعَةً بَعْدَ إِبَّانِ الزِّرَاعَةِ فَلا شَيْءَ لِلْمَالِكِ فيه زَرعها أَوْ أَكْرَاهَا ....

يريد: إذا كان الزارع زرع بوجه شبهة؛ كالمشتري أو المكتري إذا لم يعلما، وسواء تولى زراعتها بنفسه، أو أكراها، وإنما لم يكن للمالك شيء؛ لأن الخراج بالضمان، ولهذا قال ابن القاسم: في من كان في يدِهِ أرض بميراث فأكراها ثم أتى رجل فأثبت أنه أخوه، إن له أن يرجع عليه بحصته من الكراء، وإن لم يعلم؛ لأنه لم يكن ضامناً.

تنبيه:

لم يتعرض المصنف لما إذا كان الزارع لها غاصباً، ولنذكره باختصار، فنقول: إن قام رب الأرض بعد الحرث وقبل الزراعة، ففي اللخمي وغيره أنه يأخذه بغير شيء، وقال **ابن عبد السلام**: يأخذه بغير شيء على أظهر القولين في تزويق الجدار وشبهه، وإن كان قيامه بعد الزراعة وقبل ظهور الزرع، أو بعد ظهوره، وقبل أن ينتفع به فله أن يأمره بقلعه أو يأخذه.

ابن القاسم وأشهب: بغير ثمن ولا زريعة ولو اتفقا على إبقائه في الأرض بكراء، فمنع منه ابن المواز؛ لأنه يؤدي إلى بيع الزرع قبل بدو صلاحه، ورأى أن المالك لما كان قادراً على أخذه مجاناً وأبقاه لزارعه بكراء، كان ذلك الكراء عوضاً عنه في المعنى؛ فهو بيع له على التبقية، وخرج على قول من يرى أن من ملك أن يملك لا يعد مالكاً قول بالجواز، وإن كان قيامه بعد أن بلغ الزرع مبلغاً ينتفع به، ولم يخرج إبان الحراثة، فله أن يأمره بقلعه، وهل له أن يعطي الغاصب قيمته مقلوعاً ويبقيه لنفسه قولان.

اللخمي: والقول بأن له ذلك أصوب؛ لأن نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح على البقاء إنما هو لأنه يزيد للبقاء ثمناً، ولا يدري هل يسلم أم لا، وهذا

يدفع قيمته مطروحاً، وإن كان قيامه بعد خروج الإبان فقال مالك: الزرع للغاصب وعليه [٥٨٢/ أ] كراء الأرض، وليس لربِّ الأرض قلْعه.

اللخمي: وهو المعروف من قوله، وذكر رواية أخرى أن للمستحق أن يقلعه ويأخذ أرضه لقوله عليه السلام: «**ليس لعرق ظالم حق**».

وروي أيضاً عن مالك: الزرع للمغصوب منه الأرض وعليه نفقته وإن طاب وحصد. واختار هذه الرواية الثالثة غير واحد لما في الترمذي: «**من زرع أرضاً لقوم بغير إذنهم فالزرع لرب الأرض وعليه نفقته**».

عبد الحق: واعلم أن ما جرى من قوله: يكلف الغاصب القلع إذا كان في إبان الزرع، إنما يعني أن إبان الشيء المزروع فيها لا غيره، فإذا فات إبان ما يزرع فيها فليس لرب الأرض تكليف الغاصب القلع وإن كان يمكنه أن يعمل فيها مقتاتا أو شيئاً غير الذي زرع فيها، وهذا لأصبغ مبين في المستخرجة، وهو معنى ما في المدونة، وكذلك حفظت عن بعض شيوخنا القرويين.

فَإِنْ كَانَ فِي إِبَّانِهَا أَوْ كَانَتْ تُزْرَعُ بُطُوناً فَلِلْمَالِكِ الْخِيَارُ فِي أُجْرَةِ الْمِثْلِ مِنْ حِينِ وُجُوبِهِ أَوْ نِسْبَةِ مَا بَقِيَ ....

فإن كان قيام المستحق على الزارع بوجه شبهة في إبان الزراعة أي في وقت الزراعة أو كانت الأرض تزرع بطوناً في العام الواحد، ولم يستوف تلك البطون، فالمالك مخير في وجهين: إما أخذ كراء المثل من وقت وجبت له الأرض وقضي له بها، وإما أن يكون له نسبة ما بقي من مدة الكراء من حساب الكراء الذي أكراها به المستحق من يده، وحاصله أن للمستحق الأكثر، وما ذكره المصنف خلاف ما في المدونة؛ ففيها: قال ابن القاسم: وإن كانت أرضاً تزرع في السنة مرة فاستحقها، وهي مزروعة قبل فوات إبان الزرع، فكراء

تلك السنة للمستحق وليس له قلع الزرع؛ لأن المكتري زرع بوجه شبهة، وقال عبد الملك: إن قدر ما مضى للمشتري؛ لأن بقاء الزرع ذلك الأمد قبل مجيء هذا له قدر بما ذكره المصنف، قول عبد الملك: ووجه ما في المدونة أن ربها كان قادراً على زرعها لولا زرع هذا.

فرعان:

الأول: ما ذكره المصنف ظاهره إذا كان المكتري قد زرع، وأما إن لم يزرع، فإما أن يستحقها قبل الحرث أو بعده، فإن لم يحرث.

اللخمي: فهو كالسكنى له أن يمضيه بالمسمى أو يخرجه، وإن حرث أقره بالمسمى أو أخرجه، واختلف في حكم الحرث فقيل: لا شيء للمستحق، وقال ابن القاسم في المستخرجة: المستحق بالخيار بين أن يعطيه قيمة حرثه، فإن أبى أعطاه الآخر قيمة كرائه، فإن أبى أسلمها ولا شيء له.

الثاني: **اللخمي**: واختلف إذا قام المستحق في الإبان فحكم له بعد ذهابه، هل يكون الكراء للأول أو للمستحق؟

وذكر ابن رشد في الذي يدخل فيه الشيء المستحق في ضمان مستحقه وتكون الغلة له، ويجب التوقيف فيه، ثلاثة أقوال: **الأول**: إنه لا يدخل في ضمانه، ولا تجب له الغلة حتى يقضى له بها، وهو الذي يأتي على قول مالك في المدونة: إن الغلة في يديه حتى يقضى بها للطالب، وعلى هذا لا يجب توقيف الأصل المستحق توقيفاً يحال بينه وبينه، وهو قول ابن القاسم في الرباع التي لا تحول ولا تزول ولا توقف، مثل ما يحول ويزول، وإنما يوقف وقفا يمنع من الإحداث فيها.

الثاني: إنه يدخل في ضمانه وتكون الغلة له، ويجب توقيفه وقفا يحال بينه وبينه إذا ثبت بشهادة شاهدين عدلين أو شاهد وامرأتين، وهو ظاهر قول مالك في الموطأ؛ إذ قال

فيه: إن الغلة للمبتاع إلى يوم يثبت الحق، وهو قول غير ابن القاسم في المدونة؛ إذ قال: إن التوقيف يجب إذا أثبت المدعي حقه وكلف المدعى عليه الدفع.

والثالث: إنه يدخل في ضمانه، ويجب له الغلة والتوقيف بشهادة شاهد واحد؛ وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الدعوى والصلح: إنه يحلف مع شاهده وتكون مصيبته منه وروايته عنه في الكتاب المذكور في مسألة الزيتون إذا ادعاها وأقام شاهدا واحداً أن الثمرة له إذا توالت على معنى المسألة أنه استحق الأصل دون الثمرة، وأما على تأويل من تأول أنه ادعى الأصل والثمرة وشهد له بهما جميعاً الشاهد الذي أقامه فتخرج الرواية عن هذا الباب إلى وجه متفق عليه، وما وقع في كتاب أحمد بن زياد: التوقيف يجب في الدار بالقفل، وتوقيف الغلة بشهادة الشاهد الواحد يأتي على هذا القول، وكذلك أيضاً النفقة تجري على هذا الاختلاف، وفرق في رواية عيسى عن ابن القاسم وهو ظاهر المدونة، وساوى عيسى بينهما من رواية وهو القياس، والصواب أن ما في المدونة اختلاف من القول.

فَإِنْ غَرَسَ، أَوْ بَنَى قِيلَ لِلْمَالِكِ: ادْفَعْ قِيمَتَهُ قَائِماً، فَإِنْ أَبَى قِيلَ لِلْمُشْتَرِي أَوْ لِلْمُكْتَرِي: أَعْطِهِ قِيمَةَ أَرْضِهِ بَرَاحاً، فَإِن كَانَا شَرِيكَيْنِ بِقِيمَةِ أَرْضِهِ وقَدْرِ مَا يُبْنَى بِهِ مِثْلُهُ عَلَى الأَشْهَرِ لا بِمَا زَادَ

أي: فإن غرس الأرض المستحقة من يده كان مشترياً أو مكترياً فإنه يقال لرب الأرض: ادفع قيمة البناء أو الغرس قائماً فإن أبى قيل: للمشتري أو المكتري: أعطه قيمة أرضه، فإن أبى كانا شريكين، وروى مطرف أن عمر رضي الله عنه قضى بهذا.

وإذا بَنَيْنَا على الشركة فقال ابن يونس وغيره: إنَّ ظَاهِرَ الْكتاب أن صاحب البناء يكون شريكاً بقيمة البناء، وقال مطرِّف: بما زاد البناء في قيمة الأرض، وفهم بعضهم المدونة عليه.

ابن يونس: والأول هو الصواب؛ لأنه قد لا تزيد العمارة في مثل هذه الأرض شيئاً بل قد يكون ثمنها براحا أكثر لأعمال القبول ونحوها، فإذا قومت على ما قاله ابن الماجشون ذهب عمل العامل باطلاً، [٥٨٢/ ب] وهو غير متعد، ولعل المصنف لهذا شهره.

ابن الجهم: وإذا دفع ربُّ الأرض قيمة العمارة وأخذ أَرْضَهُ، كان له كراء ما مضى من السنين، ولمالِك في العتبية قول ثالثٍ أنَّه يكون شريكاً بما أنفق؛ لأنه قال فيمن اشترى داراً وعمرها ثم استحقت للباني عليه ما عمل من عمل الناس وأما بنيان الأمراء فلا أدري ما هو؟ قيل: فتكون للباني قيمة البنيان أو نفقته، قال في البيان: ضعف أن يكون له الرجوع فيما بنى من بنيان الأمراء، بقوله: لا أدري ما هو؟ وقوله صحيح؛ لأنه أتلف ماله لما أنفق فيما لا يسوغ له من السَّرف المنهي عنه، وأشار بعضهم إلى أن ما ذكره في بنيان الأمراء متفق عليه، وفي كلام المصنف إشكال؛ لأنه حكم أولاً أن صاحب الأرض يدفع إليه قيمة البناء قائماً وهذا يعني أنه لا يجب للباني إلا ذلك، وقال: إذا أبيا يكونان شريكين، ويكون الباني شريكاً بقدر ما يبني به مثل الأرض، فكيف يكون شريكاً بما ليس له، واستشكل أيضاً الأشياخ مذهب المدونة: فإن مالكاً أوجب له قيمة البناء قائماً وإذا قوم قائماً فقد أعطى جزءا من الأرض، وإن قومه منفكا عن الأرض صار منقوضاً، وأجاب اللخمي عنه بأنه إنما يقال: بكم يباع هذا البناء أو الغرس على أن يقلع بعد انقضاء المدة؟ ولا يقوم عليه على أنه قائم للأبد؛ لأن الباني أو الغارس لا يستحق بقاؤه إلا إلى بقيتها، قال: وإذا قوم على هذه الصفة سقط الاعتراض بأن الباني أخذ جزءاً من الأرض؛ لأنه لم يقوم على أن للباني حقاً في تلك الأرض، وإنما يقوم على أن مشتريه يضعه هناك ولا يقوم على أن مشتريه يضعه حيث أحب؛ لأنه إن كان الآن في طرف، كانت قيمته أبخس فلا يصلح أن يقوم في غير ذلك مما هو ضرر؛ لأن فيه ضرراً على المستحق، انتهى، وفيه نظر؛ إذ لا يتصور أن يكون البنيان قائماً حيث أحب.

وأجاب المازري: بأن مستحق الأرض لما كان قادراً على أن يلزم الباني أو الغارس قيمة الأرض براحاً، فعدل عن ذلك كان رضاً منه بل يعطي الباني والغارس قيمته عليها قائماً؛ لأن فعلهما وقع بوجه شبهة فلا سبيل إلى إعطائهما قيمة ذلك مقلوعاً، وهو حسن، ولو كان رب الأرض مخيراً في أن يلزم الباني قيمة الأرض براحاً وليس كذلك، واختلف متى تراعى القيمة؟ فمذهب الكتاب يوم الحكم، وقيل: يوم البناء، وفي كتاب العارية: وقيل: للباني ما أنفق، وفي باب آخر: قيمة ما أنفق، واختلف هل هو اختلاف قول أو لا؟ وعلى الثاني وقد اختلف في كيفية الجمع، وقد ذكرناه ثم، وهذا كله ما لم تستحق الأرض بحبس، أما إن استحقت بحبس فليس للباني إلا حمل أنقاضه؛ إذ ليس ثم من يعطيه قيمة البناء قائماً، وليس له أن يعطي قيمة البقعة؛ لأنه بيع الحبس، وهذه المسألة ألقاها أبو محمد صالح على أبي الفضل.

وَفِي الزَّرْعِ سِنِينَ يُفْسَخُ أَوْ يَمْضِي، فَإِنْ أَمْضَاهُ فَلَهُ نِسْبَةُ مَا يَنُوبُهُ كَجَمْعِ سِلْعَتَيْنِ لِرَجُلَيْنِ ....

يعني: إذا أكرى الأرض المستحقة من يده للحرث سنين، وقد زرعت للحرث سنة أو أكثر، وانقضى إبان الزراعة، فكراء ما زرع للمستحق من يده، وما بقي فالمستحق بالخيار في فسخ العقد فيه وفي إمضائه، فلا يكون له الكراء على عدد السنين بل على حسب ما يراه أهل المعرفة، وذلك مجهول، واستشكل ذلك جماعة وكذلك قال ابن يونس وعياض واللخمي وغيرهم: إنه تجوز الإجارة بشرط أن يعلم ما يخصه وإلا أدى إلى البيع أو الكراء بثمن مجهول.

ولعل قول المصنف: (**كَجَمْعِ سِلْعَتَيْنِ**) إشارة إلى ذلك؛ لأن مذهب ابن القاسم المنع إلا أن يقومَا ويدْخلا على ذلك، وقد يقال: فيما أجراه الشيوخ هنا نظر، والفرق بينهما أن الْغَرَر في جمع الرجلين سلعتيهما في البَيْع واقع في أصل العقد بخلاف هذه فإنه طارئ

بعد صحتها، وهذا وإن كان ظاهراً إلا أنه قد يقال: إنه لا يسلم أن الضرر الطارئ مغتفر عند ابن القاسم، فقد منع من التمسك بباقي الصفقة إذا استحق جلها للجهالة، ويحتمل أن يكون قول المصنف: (كَجَمْعٍ) ليس إشارة إلى ما ذكرناه بل إلى بيان كيفية التراجع، والله أعلم.

وَيُحَدُّ الْوَاطِئُ الْعَالِمُ والْوَلَدُ رَقِيقٌ ولا ينسَبُ لَهُ

يعني: وإذا وطئ الأمة المغصوبة عالماً بغصبها غاصبا كان أو غيره فهو زان، فلذلك كان ولده رقيقاً للمغصوب منه ولا ينسب له، وهذا بشرط أن تقوم البينة قبل الوطء على أن الواطئ أقرَّ بعْلمِهِ أن الأمة مغصوبة، أو تشهد الآن بينة أنه أقر عندهم قبل الوطء بعلمه، وأما إن لم يكن إلا مجرد إقْراره الآن بأنه وطئ عالماً، فقال أهل المذهب: يُحَدُّ لأجلِ إقْرارِهِ على نفسه بالزِّنا، ويلحق به الولد لحق الله تعالى وحق الولد في ثبوت النسب، وهي إحدى المسائل التي يجتمع فيها الحد وثبوت النسب.

ثانيها: أن يشتري أخته أو من يعتق عليه ويولدها ثم يقر أنه وطئها عالماً بذلك.

ثالثها: أن يتزوج امرأة ويولدها ثم يقر أنه كان طلقها ثلاثاً، وأنه تزوجها قبل زوج عالماً بالتحريم.

رابعها: إن يتزوجها ويولدها وهي ذات محرم منه إما من نسب أو صهر أو رضاع ثم يقر على نفسه أنه يتزوجها عالماً بتحريمها.

خامسها: أن يتزوجها ويولدها ثم يقر أن له أربع نسوة غيرها وأنه تزوجها عالماً بتحريمها، وليس ذكر هذا على طريق الحصر، بل الضابط في هذا أن كل حد يثبت بالإقرار ويسقط بالرجوع عنه فالنسب ثابت معه، وكل حد لازم لا يسقط بالرجوع فالنسب معه غير ثابت.

وَيَضْمَنُ غَيْرُ الْعَالِمِ [٥٨٣/أ] قِيمَةَ الْوَلَدِ يَوْمَ الْحُكْمِ إِنْ كَانَ بَاقِياً إلا أَنْ يَأْخُذَ فِيهِ دِيَةً فَيَكُونَ عَلَيْهِ الأَقَلُّ مِنْهَا أَوْ قِيمَةَ الْوَلَدِ حَيّاً ...

لا خِلَافَ أنَّ الولدَ هنا حرٌّ ثابتُ النسب ولكن يضمن الأب قيمتَه على المشهور، وعن مالك أنه يضمنه كما سيقوله المصنف، وقد تقدَّم جُلَّ هذه المسألة في النِّكَاحِ في الأمة الغارّة فراجعه.

فَإِنْ أَخَذَهَا عَنْ عُضْوٍ غَرِمَ قِيمَتَهُ نَاقِصاً مَعَ الأَقَلِّ مِنَ النَّقْصِ والدِّيَةِ، وقَالَ الْمُغِيرَةُ: الْقِيمَةُ يَوْمَ الْوَضْعِ ....

أي: وإن أَخَذَ الدِّيَة عن عضو واحد غرم الأب قيمته يوم الحكم.

قوله: (**وقَالَ الْمُغِيرَةُ**)راجع إلى قوله: (**يَوْمَ الْحُكْمِ**).

وَكَانَ مَالِك يقولُ: لمستحقها أَخْذُها إنْ شَاءَ مَعَ قِيمَةِ ولَدِهَا ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ: قِيمَتُهَا يَوْمَ اسْتَحَقَّهَا، ثُمَّ رجَعَ فَقَالَ: قِيمَتُهَا وَحْدَهَا يَوْمَ وَطِئَهَا، قَالَ أَشْهَبُ: ثُمَّ رَجَعَ إِلَى الْقَوْلِ الأَوَّلِ ....

تصور الأقوال ظاهر، وبالثالث أفتى مالك لما استحقت أم ولده إبراهيم، وتابعه عليه جماعة من أكابر أصحابه: كابن كنانة وابن دينار ثم رجع إلى الأول ابن كنانة وعليه مات، هكذا قال اللخمي والمازري: أم ولده إبراهيم؛ وقال ابن رشد: أم ولده محمد، قيل: وهو الصواب.

ومنشأ الخلاف تقابل الضررين ولا يخفى عليك ذلك وأخذ ابن القاسم بالقول الأول أن له أخذها إن شاء وأخذ قيمة الولد، قال في المدونة: وعليه جماعة من الناس.

وأخذ جماعة كثيرة بالقول: إنه ليس لسيدها إلا قيمتها وقيمة ولدها يوم الحكم به وهو الذي صدر به صاحب الرسالة، وأما الغارّة فالمشهور المعروف أن له أخذها وأخذ قيمة

الولد، وحكى ابن الجلاب رواية أخرى أنه يأخذ قيمة الأم ولا شيء في الولد، وذكر المصنف أن القيمة في القول الثاني يوم الاستحقاق أي يوم الحكم، وفي الثالث: يوم الوطء.

قال: في المدونة في القسم بعد ذكر القولين الأولين: ولو رضي المستحق بأخذ قيمتها وقيمة ولدها لم يكن للذي أولدها أن يأبى ذلك، ويجبر حينئذ في قولي مالك جميعاً على غرم قيمتها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق، وقال أشهب في الموازية: هذا خطأ وإنما كنت أقوله -لوقلت بهذا- عليه قيمتها يوم أحْبلها ثم لا قيمة له في ولدها؛ لأن في ملكه ولد، وقال المارزي: أشار أشهب إلى بقاء قولي مالك مع رضا المستحق بأخذ القيمة، وسئل سحنون في العتبية عن رجل اشترى جارية فأولدها ثم استحقها رجل فدفعها إليه الذي أولدها ثم اشتراها منه بعد ذلك، هل تكون الجارية أم ولد أم لا؟ أو حتى يولدها بعد الاستبراء، فقال: إن كان دفعها إليه بقضاء قاض ثم اشتراها، فإنها تكون أم ولد بملكه الأول حين أولدها.

فَإِنْ وَطِئَ بِالْمِلْكِ فَاسْتُحِقَّتْ بِحُرِّيَّةٍ، فَقَالَ مَالِكٌ: لا صَدَاقَ لَهَا، وَاسْتُشْكِلَ وخُولِفَ، والْغَلَّةُ مُنَزَّلَةٌ عَلَيْهِ ....

الأمة إذا استحقت بعد الوطء فلا يخلو إما أن تستحق بملك أو بحرية، فإن استحقت بملك فإن كانت ثيباً فلا شيء عليه، وإن كانت بكراً فقال مالك وابن القاسم: لا صداق لها، وهو المشهور المعروف، وقال المغيرة: لها الصداق.

واختاره جماعة؛ لأن الوطء انتفاع بغير مملوكة ولا ضمان فيها، بخلاف المستحقة بملك فإن الوطء يجري مجرى غلات المضمون، وهذا وجه الإشكال الذي أشار إليه المصنف، فإن قيل: فهلا استغنى المصنف بقوله: (**خُولِفَ**) عن قوله: (**اسْتُشْكِلَ**) لأن من خالف قولاً، فقد استشكله، فجوابه يحتمل أن يكون المستشكل غير المخالف فإن

الإشكال إنما يكون غالباً عن عرض القول على أصول ذلك القائل والمخالف قد يخالف في الأصول ويوافق عليها أو يخالف في الإجراء عليها.

قوله: (**وَالْغَلَّةُ مُنَزَّلَةٌ عَلَيْهِ**) أي غلة هذه الأمة المستحقة، وكذلك العبد إذا استحق على هذا الخلاف، فعند مالك وابن القاسم: العبد إذا استحق بحرية منزلة على هذا الخلاف، فعند مالك وابن القاسم: لا يغرم الغلة، وعند المغيرة: يغرمها، ويحتمل أن يكون الضمير في (**عَلَيْهِ**) عائد على الصداق، واستصوب اللخمي قول المغيرة؛ لأن الخراج إنما يكون بالضمان والحر لا يضمن، وإذا رجع بالغلة رجع المشتري عليه بالنفقة، بخلاف الأمة فإن الصداق إنما يستحق بأول الملاقاة، وكهذه المسألة أعني إذا استحقت بحرية، أما إذا استحق الأصل بحبس، فإنه لا ضمان فيه كالحرة، فقيل: غلته للمستحق منه ولأنه ضامن الثمن الذي دفع عند عدم البيع، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في العتبية، وقيل: إنه يرد الغلة؛ لأن ما اشتراه لو تلف رجع بالثمن، وهو ظاهر مذهب ابن القاسم في المدونة؛ لأنه علق الغلة بالضمان.

ابن رشد: وبالأول جرى العمل عندنا.

تنبيه:

الغلة للمشتري في خمسة مواضع: إذا وجد البيع فاسدًا فرده، أو وجد عيباً فرده، أو رد بفلس، أو أخذ بالشفعة، أو استحق، وكذلك من صار ذلك إليه من قبل المشتري ولا غلة لوارث إن طرأ عليه وارث مثله في المنزلة وأقرب منه، وإن لم يعلم؛ لأنه لم يكن ضامنا ويأخذ القادم الكل إن لم يحاب المستحق منه وإن حابَى فهو واهِب للمحاباةِ، فإن كان الواهب معسراً فاتفق على أن يرجع على المكتري، وإن كان موسرا فالمشهور أنه يرجع على المكتري إلا أن يكون له مال فعلى المكري، وقيل: إنما يرجع بذلك على المكتري إلا أن يعلم الآخر أن معه وارثا، فيرجع عليه أخوه في عدم المكتري، وهذا على أن قول الغير

خلاف وإليه ذهب جماعة، وقال الشيخ أبو محمد: إنه وفاق وإن جواب ابن [٥٨٣/ ب] القاسم أن أخاه علم كما قال غيره.

ابن القاسم: وأما إن سكن هذا الوارث أو زرع لنفسه ثم طرأ له أخ لم يعلم به، فالاستحسان أن لا رجوع لأخيه عليه بشيء بخلاف الكراء إلا أن يكون به عالماً فيغرم له نصف الكراء، وروي عن مالك أن عليه نصف كراء ما سكن، قالوا: وعلى قول ابن القاسم: لا رجوع عليه بثلاثة شروط: أن يسكن بنفسه، وأن لا يكون في نصيبه ما يكفيه، وأن لا يعلم، زاد ابن عبدوس: وأن يقدم الأخ بعد إبان الزراعة، ولهذا أفتى اللخمي في امرأة دَعَتْ زَوْجها للدخول فأنكر النكاح، فأثبتته عليه لما سئل هل لها عليه نفقة في أيام الخصام؟ بأنه لا نفقة عليه فيها إن كان ذلك من الزوج بتأويل وشبهه، وأما إن كان دافعها بباطل واضح؛ فإنه كالغاصب فلها النفقة فيها.

وَفِيهَا: والْمُتَعَدِّي يُفَارِقُ الْغَاصِبَ؛ لأَنَّ الْمُتعدِيَ جَنَاه عَلَى بَعْضِ السِّلْعَةِ والْغَاصِبُ أَخَذَهَا - كَكَسْرِ الصَّحْفَةِ وتَخْرِيقِ الثَّوْبِ ....

لما كان المتعدي مفارقاً عند الأصحاب للغاصب، أراد المصنف أن يبين ذلك ونسب المسألة إلى المدونة لإفادة الحكم، أو لإشكاله فإنهم فرقوا في الحكم، والمعنى متفق، أو لأن ما ذكره في المدونة من الفرق لا يعم صور التعدي، فإن المكتري والمستعير إذا تعديا المسافة المدخول عليها متعديان وهل تعديا على مجموع السلعة لا بعضها؟

واعلم أنَّ أصحابنا فرقوا بين الغصب والتعدي بوجوه منها: أن التعدي جناية على بعض السلعة، والغصب جناية على جميعها.

ومنها: أن المتعدي ضامن للسلعة من يوم التعدي؛ لأن يده كانت عليها بإذن ربها، أعني في المستأجر والمستعير، والغاصب ضامن من يوم الغصب.

ومنها: أن الغاصب يضمن السلعة في الفساد اليسير، والمتعدي لا يضمنها إلا في الكثير.

ومنها: أن المتعدي يلزمه كراء ما تعدى عليه على المشهور كما تقدم.

وقوله: (**كَكَسْرِ الصَّحْفَةِ**) مثال للتعدي.

فَإِنْ كَانَ فَسَاداً كَثِيراً خُيِّرَ رَبُّه فِي أَخْذِهِ وَمَا نَقَصَهُ وبَيْنَ قِيمَتِهِ، قَالُوا: بَعْدَ رَفْوِ الثَّوْبِ، وشعبِ الْقَصْعَةِ - وَضُعِّفَ، وقَالَ أَشْهَبُ: يُخَيَّرُ بِغَيْرِ شَيْءٍ، ورَجَعَ عَنْهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، فَإِنْ كَانَ يَسِيراً فَلَيْسَ لَهُ إِلا مَا نَقَصَهُ بَعْدَ رَفْوِ الثوب بِاتِّفَاقٍ، وقَدْ كَانَ مَالِكٌ يَقُولُ: مَا نَقَصَهُ، ولا يُفرقُ بَيْنَ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ، وسَوَاءٌ الْحَيَوَانُ وغَيْرُهُ ....

حاصلُه أنَّ في التَّعَدِّي ثلاثَة أقوال: الأول لمالك: ليس عليه في التعدِّي إلا أرْش النقص، كان النقص يسيراً أو كثيرًا، وإليه أشار بقوله: (**وقَدْ كَانَ مَالِكٌ يَقُولُ: مَا نَقَصَهُ، ولا يُفرقُ بَيْنَ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ**) ثم رَجَعَ إلى الفرقِ بين اليسيرِ والكثير، ففي اليسير: لا يكون عليه إلا ما نقص، وفي الكثير: يخير بين أخذه بغير شيء أو يضمنه جميع قيمته، وقاله ابن القاسم أولاً، ثم رجع عنه إلى ما في المدونة، وأنَّ لهُ أخذُ النَّقص إنْ اختَارَ أخذه، وعلى هذا فاتفق في اليسير أنه ليس لربه إلا أخذ ما نقص بعد رفو الثوب وشعب القصعة، والرفو: خيطها.

وقوله: (**قَالُوا**) يوهم تواطؤ أهل المذهب أو أكثرهم، وأن ما نقله ابن يونس عن بعض الأصحاب قال هذا القائل، وذلك بخلاف الجناية على الدَّابّة، فإنه ليس عليه ما تداوى به الدابة، والفرق بينهما أن ما ينفق في الثوب على المداواة غير معلوم، ولا يعلم هل ترجع كما كانت أم لا؟

والرفو: الخياطة معلوم ما ينفق عليهما ويرجعان كما كانا.

ابن يونس: وهذا الذي ذكره في الفساد الكثير في الثوب أنه يأخذه وما نقصه بعد الرفو خلاف ظاهر قولهم، ووجه فساده أنه قد يغرم من رفوِ الثَّوْب أكثر من قيمته صحيحاً وذلك لا يلزمه، ألا ترى أن أشهب وغيره يقول: ليس له أن يغرمه ما نقصه بعد الرفو، وقد يبلغ ذلك ضعف قيمته؟ وما حكاه من عدم لزوم أجر الطبيب.

ابن عبد السلام: وهو ظاهر المذهب، وحكى اللخمي في غرم الجارح أجر الطبيب قولين، قال: والأحسن أنه على الجارح كالرفوِ.

وقوله: (**فَإِنْ كَانَ يَسِيراً فَلَيْسَ لَهُ إِلا مَا نَقَصَهُ**) قد تقدم أن هذا متفق عليه.

وقوله: (**بَعْدَ رَفْوِ الثوب بِاتِّفَاقٍ**) يحتمل أن يعود على قوله: (**فَلَيْسَ لَهُ إِلا مَا نَقَصَهُ**)، ويحتمل أن يعود عليهما، **ابن يونس**: ولو قال قائل في اليسير: إنما عليه ما نقصه فقط لم أعبه؛ لأنه إذا أعطاه ما نقصه دخل الرفو في قيمة هذا النقص كما قالوا في من وجد أيضاً، وذلك شأنه أن له جعل مثله ولا نفقة له؛ لأن النفقة داخلة في الجعل. وقوله: (**وسَوَاءٌ الْحَيَوَانُ وغَيْرُهُ**) أي في التعدي عليه، ثم أشار المصنف إلى حد اليسير من الكثير بقوله:

وَالْكَثِيرُ: مَا أَفَاتَ الْمَقْصُودَ فَإِنْ كَانَ فِي الصُّورَةِ يَسِيراً كَقَطْعِ ذَنَبِ الْبَغْلَةِ وأُذُنِهَا، وقَطْعِ طَيْلَسَانِ ذِي الْهَيْئَةِ وجُبَّتِهِ وعِمَامَتِهِ وشِبْهِ ذَلِكَ

بين المصنف الكثير؛ لأن اليسير يعلم منه؛ لأنه إذا كان الكثير ما أفات المقصود، فاليسير ما لم يفته، هكذا قال ابن القصار، ومعناه ما أفات الغرض المقصود؛ فإنه كثير وإن كان في الصورة يسيراً؛ كما مثل به من قطع ذنب البغلة ونحوها من مركوب، مما يعلم أنه لا يركب مثل ذلك، ولا فرق بين المركوب والملبوس؛ كقلنسوة القاضي وطيلسانه

وعمامته، وهذه الرواية المشهورة عن مالك وفي الواضحة: لا يضمن إذا أفسد الأذن بخلاف الذنب.

اللخمي: والأول أصوب؛ وشين ذهاب الأذن كثير [٥٨٤/ أ] لا يركبها أحد من القاضي والكاتب والشاهد، وعلى هذا فاتفق على الذنب واختلف في الأذن، والواو في قوله: وأذنها بمعنى أو؛ لأن المراد أن قطع الأذن ونحوه مفيتا، وكذلك الذنب على الرواية المشهورة.

وقوله: (**كَقَطْعِ ذَنَبِ الْبَغْلَةِ**..إلى آخره): يريد إذا كانت البغلة تراد للحمل كان صاحبها القاضي ونحوه أم لا، فقد قال مطرف وابن الماجشون: إذا قطع ذنب بغل أو حمار أو فرس فأراه ضمن جميعه؛ لأنه أبطل الغرض المقصود من مثله؛ وهو ركوب ذوي الهيئات، قالا: بخلاف العين والأذن -يريد العين الواحدة- فقد نصَّ ابن الماجشون في الثمانية في الفرس أنه إن فقأ عينه عليه ما نقصه وإن فقأ عينيه ضمنه.

فروع:

الأول: اختلف فيمن استحق شيئاً من الرباع والأصول هل عليه يمين أم لا؟ فالذي ذهب إليه مالك وجرى عليه العمل أنه لا يمين عليه، وقال ابن وهب وابن القاسم في العتبية: يحلف أنه ما باع ولا وهب؛ كالحيوان والعروض، واتفقوا على اليمين في غير الأصول.

الثاني: إذا تعدى على عبد الغير تعديا فاحشاً وحكمنا بتضمينه القيمة ففي المدونة: يعتق عليه، ورواه ابن كنانة عن مالك، وقال مطرف وابن الماجشون: لا يعتق عليه؛ لأنه إنما مثل بعبد غيره، قالا: وليس للسَّيد أن يختار إمساكه ويأخذ ما نقصه، وقيد بعض القرويين الأول بأن يطلب ذلك سيد العبد وأما إن أبى فله أخذ العبد وما نقصه.

ابن يونس: والصواب أن العبد يعتق أحب السيد أم لا؛ لأنه بالجناية عليه لا ينتفع به، فترك السيد قيمته إنما هو من باب الضرر وإخدام العبد المعتق، وقيمته تقوم مقامه.

الثالث: قال مطرف وابن الماجشون وأصبغ: ولو تعدى على شاة بأمر قل لبنها، فإن معظم ما تراد له اللبن، ضَمِنَ قيمتها إن شَاءَ ربُّها وإنْ لم تكن غزيرَةَ اللّبن فإنما يضمن ما نقصها، وأما الناقة والبقرة فإنما فيهما ما نقصهما وإن كانتا غزيرتي اللبن؛ لأن فيهما منافع غير ذلك باقية.

* * *

الشُّفْعَةُ: أَخْذُ الشَّرِيكِ حِصَّةً جَبْراً بِشِرَاءٍ

عياض وغيره: وهي بتسكين الفاء، قيل: أصل ذلك من الشفع وهو ضد الوتر؛ لأن الشفيع يضم الحصة التي يأخذها إلى حصته فتصير حصته حصتين، وقيل: من الزيادة؛ لأنه يزيد مال شريكه إلى ماله، ومنه قوله تعالى: ﴿ مَّن يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً ﴾ [النساء:٨٥]، قيل: يزيد عملاً صالحاً إلى عمله، وهو قريب من الأول، وقيل: من الشفاعة؛ لأنه يشفع بنصيبه إلى نصيب صاحبه.

وقيل: كانوا في الجاهلية إذا باع الرجل حصته أتى المجاور شافعا إلى المشتري ليوليه مشتراه.

وحدُّه اصطلاحًا ما ذكر فـ(**أَخْذُ**) جنس، وأخرج بإضافته إلى (**الشَّرِيكِ**) الجار فإنه لا شفعة له عندنا وبحصة ما يأخذ منه كاملاً مما لا شركة بينه وبينه فيه، وبالجبر ما يأخذه بالشراء الاختياري، وبالشراء ما يأخذه بالاستحقاق.

واعتُرض عليه بأن هذا الحد غير مانع لدخول ما يأخذه الشريك من شريكه من الحصص جبراً شراء في العروض وغيرها إذا كانت لا تنقسم ودعا أحدهما صاحبه إلى البيع، فإنه يعرض المشترك بينهما للبيع، فإذا وقف على ثمن فمن شاء منهما أخذه بذلك، وأجيب: بأنا لا نسلم أنه أخذ الآن حصة شريكه خاصة، وإنما أخذ المبيع كله بثمنه غير أنه أسقط عنه حصته.

خليل: وأحسن من هذا أن يقال: لا نسلم أنه يأخذه هنا جبراً بل باختيار صاحبه؛ إذ له أن يزيد فوق ما أعْطَى شريكه، بخلاف الشفيع فإنه يأخذ الحصة بثمن المثل من غير زيادة ولا خيرة له بوجه.

ولما كانت حقيقة الشفعة ما ذكر استلزم ذلك: مأخوذاً وآخذاً ومأخوذاً منه ومأخوذاً به، فكانت هذه الأربعة هي أركان هذا الباب، وتكلم المصنف عليها أولاً فأولاً:

الْمَأْخُوذُ إِنْ كَانَ عَقَاراً مُنْقَسِماً غَيْرَ مُنَاقَلٍ بِهِ وَلا تَابِعٍ أُخِذَ اتِّفَاقاً

يعني: إن كانت في المبيع المشترك هذه الشروط أخذ بالاتفاق.

والعقار: الأرض، وقد يطلق عليها وعلى ما يتصل بها من بناء وشجر، واحترز به من الحيوان والعروض، فلا شفعة في ذلك عندنا، وحكى الإسفراييني من الشافعية عن مالك الشفعة في ذلك.

عبد الوهاب وغيره: وهذا لا يعرفه أصحاب مالك.

عبد الحميد وابن زرقون: ولعله رأى أقوال مالك في الحائط يباع شقص منه وفيه الحيوان والرقيق، أن فيه الشفعة في جميع ذلك فظن أن الشفعة عند مالك في كل شيء، ورأى قوله في الثوب المشترك أو غيره من العروض إذا أراد أحدهما البيع، أن شريكه أحق به بما وقف عليه من الثمن، فظن أن ذلك شفعة.

المازري: ورأيت في مختصر ما ليس في المختصر ما يستقرأ منه أقوى مما قاله عبد الحميد؛ وذلك أنه إذا كان حائط بين الشريكين باع أحدهما نصيبه، وفي الحائط رقيق ودواب ليسوا لعمل الحائط، أن الشفعة في جميع ذلك، فأوجب الشفعة في الحيوان وإن لم يحتج إليه الحائط.

قوله: (**مُنْقَسِماً**) أي: قابلاً للقسمة، واستعمل المصنف كما ترى المنقسم في القابل وإن فعل إنما يستعمل في ما حصل لا في القابل، واحترز بذلك مما لا يقبل القسمة إلا بضرر كالحمام ونحوه؛ فإن في ذلك خلافاً كما سيأتي.

قوله: (**وَلا تَابِعٍ**): لا يريد إذا اشترى شقصاً مع سلع فإن هذه الصورة متفق على وجوب الشفعة فيها، وإنما احترز بذلك من الأنقاض في الأرض المحبَّسة أو المعارة كما سيأتي، ولا خلاف بين الأمة في وجوب الشفعة من حيث الجملة، وفي الموطأ مرسلاً:

«قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم ينقسم بين الشركاء فإذا وقعت الحدود فلا شفعة [٥٨٤/ ب] فيه».

مالك: وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا، وسئل ابن المسيب عن الشفعة هل فيها من سنة؟ فقال: نعم الشفعة في الدور والأرضين، ولا تكون الشفعة إلا بين الشركاء، وقال سليمان بن يسار مثل ذلك، وهذا دليل على أنه لا شفعة في غير العقار؛ لأن ضرب الحدود إنما يكون فيها، وقول ابن المسيب يبين هذا وفيه دليل على أنه لا شفعة لجار؛ لأن الحدود إذا ضربت يبقى جاراً، وقد نص في الحديث على نفي الشفعة في ذلك، قال في الاستذكار: قال جابر رضي الله عنه: «**إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل ما لم ينقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة**».

أحمد بن حنبل رضي الله عنه: وهذا أصح حديث روي فيه، وقال ابن مَعِين: مرْسل مالكٍ أحبُّ إليَّ.

وَالشَّجَرُ وَالْبِنَاءُ وَالْبِئْرُ وَفَحْلُ النَّخْلِ تَبَعٌ لَهُ

أي: (**تَبَعٌ**) للعقار؛ يعني أن هذه الأشياء وإن لم تكن من جنس الأرض، ولكنها لشدة اتصالها بها كالجزء منها، وأما (**الْبِئْرُ وَفَحْلُ النَّخْلِ**) فلا يحتاج لهما هنا؛ لأن البئر جزء من الأرض، وفحل النخل من الشجر وإنما يختصان بحكم آخر وهو إذا قسمت وبقي الماء ثم يبيع فلا شفعة فيه، وفي العتبية: فيه الشفعة، واختلف هل هو اختلاف قول؟ وإليه ذهب الباجي، أو وفاق؟ وإليه ذهب سحنون وابن لبابة، ثم قال سحنون: معنى المدونة أنها بئر واحدة، ومعنى العتبية أنها آبار كثيرة.

وقال ابن لبابة: معنى المدونة أنها بئر لا فناء لها، ومعنى العتبية أنها بئر لها فناء وأرض مشتركة يكون فيها القِلْد.

وعلى الخلاف فرأى الباجي أن الخلاف مبني على الخلاف في الشفعة في ما لا ينقسم، قال في البيان والمقدمات: وكان من أدركنا من الشيوخ يحملون ذلك على الخلاف، ويرون الاختلاف في ذلك جار على اختلاف قول مالك فيما هو متعلق بالأرض ومتصل بها كالنقص والنخل، وهذا بين، والله أعلم.

وَفِي تَبَعِيَّةِ حَجَرِ الرَّحَاءِ: قَوْلانِ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: كَحَجَرٍ مُلْقًى، وَقَالَ أَشْهَبُ: لَمْ يُصِبْ مَنْ قَالَ: لا شُفْعَةَ فِيهِ ....

أي: (**وَفِي تَبَعِيَّةِ حَجَرِ الرَّحَاءِ**) للأرض، والقولان لمالك، ورواية ابن القاسم عنه في المدونة وهي التي قال بها ابن القاسم، وبقول أشهب قال عبد الملك وابن وهب وابن سحنون.

(**وَقَالَ أَشْهَبُ: لَمْ يُصِبْ مَنْ قَالَ: لا شُفْعَةَ فِيهِ**) وهي عندنا في البنيان أثبت من الأبواب التي إذا شاء قلعها بغير هدم والشفعة تكون في حَديدِ الحائط ورقِيقِهِ، فكيف لا تكون في الرحى، قال في الموازية: وإن باع أحدهما مصابته فلشريكه الشفعة، وإن شاء فسخ بيعه إلا أن يدعوه البائع إلى المقاسمة فلا يفسخ حتى يقاسمه، فإن صار موضع الرحى للبائع جاز بيعه، وإن صار لشريكه انتقض بيعه أما لو نصبوا الرحى في غير أرضهم فلا شفعة فيها اتفاقاً.

ابن راشد: وكذلك لا خلاف في الرحى إذا لم تكن مبنية أنه لا شفعة فيها، وعلى ما في المدونة ففيها: إذا بيعت معها الأرض أو البناء الذي نصبت فيه ففيها الشفعة دون الرحى بحصة ذلك، وسواء في ذلك رحى الماء والدواب، وأشار الباجي إلى أن الآلة كالرحى على القولين، واختلف الشيوخ في كلامه في المدونة فحمله التونسي وغيره: أنه لا شفعة في العليا والسفلى.

عياض: وهو ظاهر كلامه، وهو تأويل أكثر الشيوخ، ويحتج لهذا الفهم بتشبيهها بالحجر الملقى، ورأى ابن وهب ذلك صريحاً.

وقال بعض القرويين: إنما نفى في المدونة الشفعة في العليا وأما السفلى ففيها الشفعة وهي من البناء كقدور الحمام.

ابن رشد في أكرية الدور: وهي تفرقة لا معنى لها؛ إذ لا ينتفع بأحد الحجرين دون الآخر.

عياض: وأما الدار إذا بيعت وفيها مطاحن فاتفقوا أنها إن كانت غير مبنية أنها للبائع، وإن كانت مبنية فالسفلى للمشتري، واختلف في العليا، وهذا يرد من جعلها كحجر ملقى، قال بعض الشيوخ: والخلاف مبني على الخلاف في الشفعة في ما لا ينقسم إلا بفساده كالحمام والأندر، وقد اختلف قول ابن القاسم في المدونة في هذا، وعلى هذا يختلف فيها وإن بيعت بأرضِها ومناصبها لأنها لا تنقسم كما روي عنه في العتبية في مناصب الرّحى، وهذا خلاف المدونة فإنه نص فيها على وجوب الشفعة في بيتها وأرضها، وكذلك قالوا: إنه يختلف في ما إذا بيع حجرها وهو مبني.

وقال صاحب المقدمات: إنما الخلاف إذا بيعت الرّحى مع غيرها وأمَّا إذا بِيعَت منفردة عن الأرض فلا شفعة فيها باتفاق، وخرج اللخمي وغيره على القول بنفي الشفعة في الرّحى قولاً بنفي الشفعة في رقيق الحائط ونحوه.

وَالثَّمَرُ تَبَعٌ لِلشَّجَرِ مَا لَمْ يَسْتَغْنِ بِخِلافِ الزَّرْعِ

يعني: أن من اشترى نخلاً ثم قام الشفيع فإنه يأخذ النخل بثمرها وتكون الثمرة تابعة، ولم يفرق المصنف بين أن تكون الثمرة فيها حالة الشراء أو حدثت عنده، وفرض ابن عبد السلام المسألة على ما إذا لم تكن فيها في وقت الشراء ثمرة وليس بظاهر فإن هذه المسألة إما أن لا يكون فيها ثمرة أو ثمرة مأبورة أو مزهية، فإن لم تكن فيها ثمرة وقام الشفيع قبل الإبان فللشفيع الثمرة مع الأصل.

الباجي: باتِّفاق، وإن قام بعد الإبان فله أخذ الثمرة مع الأصل عند ابن القاسم، وقال أشهب: إن اشتراها مأبورة أو غير مأبورة ثم أَبَّرها المبتاع فإنما يأخذ الشفيع الأصل فقط؛ لأن [٥٨٥/ أ] الثمرة تبع ومأبور الثمرة للبائع، وأما إن كانت الثمرة يوم الشراء مأبورة أو مزهية فمذهب ابن القاسم أن فيها الشفعة ما لم تيبس أو تجذ، قيل: وليس في الأمهات ما لم تيبس، وقال فيها: فيما إذا بيعت الثمرة مفردة أن فيها الشفعة ما لم تيبس، وتأول بعضهم أن مذهبه فيها الفرق بين أن تباع مع الأصل ففيها الشفعة ما لم تجذ، وبين أن تباع مفردة ففيها الشفعة ما لم تيبس، والفرق قوة الشفعة في الأول؛ لأنها ثابتة بالإجماع، وقال مرة: هو اختلاف من قوله في الوجهين، وتأولها بعضهم على أن فيها ثلاثة أقوال: ما لم تجذ، وما لم تيبس، والفرق، والذي تأوله عبد الحق وغيره أن مذهب المدونة ما لم تيبس مطلقاً، وعن مالك يأخذها الشفيع إذا كانت غير مأبورة يوم الشراء، وإن جذت أو يبست، وقال أشهب: إذا كانت مزهية فللشفيع أخذ الأصول دون الثمرة وهو مبني على أن الثمرة لا شفعة فيها.

الباجي: واختلف المذهب في ما إذا بيعت مزهية هل تفوت الثمرة أم لا؟ وترد المكيلة أو الثمرة أو القيمة على قولين وعلى الفوات، فقال مالك مرة: تفوت بالجذاذ أو اليبس، وقال مرة: لا تفوت إلا بأن تجذ ولا يعرف كيلها أو تجذ قبل طيبها، وإذا فات فالمشهور أنه يحط عن الشفيع، واتفق أنه لا يوضع لها شيء إذا لم تؤبر حصة الثمرة المزهية والمأبورة، وقال ابن الماجشون: لا يحط عنه من الثمرة شيء، وفيه نظر.

قوله: (**بِخِلافِ الزَّرْعِ**) أي: فلا يكون تبعاً للأرض، وهذا هو المشهور أنه لا شفعة فيه سواء بيع منفرداً أو مع الأصل.

فرع:

قال الباجي: وإن اشترى أرضاً مزروعة بزرعها وجاء الشفيع قبل أن ينبت أخذها بزرعها، فإن نبت أخذ الأرض دون الزرع، فإن أخذ الشفيع الأرض بزرعها؛ لأنه لم

ينبت فليأخذها بالثمن وبقيمة الزرع على الرجاء والخوف. وقال في الموازية: ولو قال قائل: يأخذها بالثمن وبما أنفق لم أُعبه، وهو أقيس واستحسن الأول، وقال محمد: يأخذها بالثمن وبقيمة ما أنفق من البذر والعلاج، وقال ابن القاسم: يأخذ الأرض والزرع بالثمن والنفقة، كمن اشترى نخلاً لم يؤبَّر فأخذه الشفيع بعد الإبار، وأما من اشترى أرضاً فزرعها فجاء الشفيع قبل أن ينبت الزرع فعلى مذهب ابن القاسم لا شفعةَ في الزَّرع جملة وعلى مذهب أشهب الشفعة في الأرض والزرع.

ويحتمل قول ابن القاسم وجهين:

أحدهما أنه يأخذ بالشفعة في الأرض، وإن لم ينبت الزرع على قول من أجرى الشفعة مجرى الاستحقاق.

والثاني: ليس له أن يأخذ الأرض بالشفعة حتى ينبت على قول من أجراها مجرى البيع فإذا جاء الشفيع وقد نبت الزرع فلا شفعة في الزرع عند ابن القاسم، وقال في الموازية: له الشفعة إذا قام والزرع أخضر في الأرض والزرع جميعاً بل ليس له إلا ذلك، وقال أيضاً في موضع آخر له: الشفعة في الأرض دون الزرع وأنكر سحنون قول أشهب في الزرع وقال بقول ابن القاسم.

وفي المقدمات: إذا طرأ الشفيع على الرجل في أرضه المبذورة قبل أن يطلع البذر مثل أن تكون الأرض بين الشريكين يبيع أحدهما نصيبه منها فيريد الشريك الأخذ بالشفعة وهي مبذورة قبل طلوع البذر فثلاثة أحوال: إمَّا أن يكون البذر للمشتري أو للبائع أو لأجنبي كمكتري الأرض ونحوه، فإن كان المشتري هو الباذر فيأخذها الشفيع، ويبقى البذر للمشتري على مذهب من يحمل الشفعة محمل البيع؛ إذ لا يصح للرجل أن يبيع أرضه وهي مبذورة، ويستثني بذره، وقيل: إنه يأخذه مع الأرض بقيمة البذر والعمل، وقيل: بقيمته على الرجاء والخوف بمنزلة العلاج في الثمرة وإن كان الباذر هو البائع

فيأخذها الشفيع مبذورة بجميع الثمن على القول الذي يرى في الزرع الشفعة، وعلى القول بنفي الشفعة فيه يأخذها بما ينوبها من الثمن بجميع الثمن على القول أن الشفعة كالاستحقاق، وعلى أنها كالبيع: فلا يأخذها حتى يبدو الزرع، وإن كان الباذر غيرهما فيأخذ الأرض بالشفعة دون البذر بجميع الثمن من غير إشكال، قال: وكذلك إن طرأ على الأرض والبذر قد نبت لا يخلو من الثلاثة الأحوال غير أن الوجهين يستوي الحكم فيهما، وهو أن يكون البذر للمبتاع أو للأجنبي فيأخذ فيها الشفيع الأرض دون الزرع بما ينوبها من الثمن على القول الذي لا يبرأ الشفعة في الزرع، قال: وأما إن طرأ الشفيع بعد أن يبس الزرع فلا شفعة فيه ويأخذ الأرض بجميع الثمن، انتهى.ونص في البيان على أن المشهور من المذهب أن الشفعة تجري مجرى البيع لا الاستحقاق.

وَفِي قِيمَةِ سَقْيِهَا وَإِصْلاحِهَا قَوْلانِ

مذهب المدونة أنه يرجع بقيمة ما سقى وعالج.

ابن المواز: ولو زاد على قيمة الثمرة، وقال أشهب: يأخذ الثمرة بقيمتها على الرجاء والخوف، ولو قال قائل: له قيمة ما أنفق لم أر به بأساً.

قال عبد الملك وسحنون: ليس على الشفيع إلا الثمن؛ لأن المنفق أنفق على مال نفسه فلا يرجع إلا بما له عين قائمة.

وَفِي الثِّمَارِ، وَالْكِتَابَةِ، وَإِجَارَةِ الأَرْضِ لِلزَّرْعِ قَوْلانِ

يعني: اختلف في ثبوت الشفعة إذا بيعت الثمار مفردة، والقول بالشفعة لمالك وابن القاسم وأشهب ومعظم الأصحاب.

مالك: وهو شيء استحسنته ولا أعلم أحداً قال به قبلي.[٥٨٥/ ب]

أشهب: لأنها تنقسم بالحدود كالأرض، والقول بنفي الشفعة فيها لابن الماجشون قال: لا شفعة ولو بيعت مع أصولها، ولأشهب قول ثالث: إن بيعت مع الأصول ففيها الشفعة لا إن بيعت مفردة، واختلف إذا بيعت مفردة فلمالك في المجموعة أن الشفعة فيها ما لم تزايد الأصل، ولابن القاسم في المدونة: ما لم تيبس، كما تقدم قول ابن القاسم في العتبية: والمقاثي كالثمار، وكذلك الباذنجان والقطن والقرع، ولا شفعة في البقول.

الباجي: يريد أن كلَّ ما له أصل تجنى ثمرته مع بقائه ففيه الشفعة.

قال في البيان: ويتخرج في البقول الشفعة من القول بوجوبها في الثمرة ما لم تجذ.

فائدة:

لم يقل مالك بالاستحسان إلا في أربع مسائل:

الأولى: هذه، **والثانية**: وجوب الشفعة من الأنقاض في الأرض المحبسة ونحوها.

الثالثة: القصاص بالشاهد واليمين

الرابعة: في كل أنملة من الإبهام خمس من الإبل.

وقوله: (**وَالْكِتَابَةِ**) ليست هذه المسألة من معنى الشفعة؛ إذ ليس المراد أن أحد الشريكين يدخل على الأجر، وإنما المراد أن السيد إذا باع كتابته هل يكون المكاتب أحق بذلك أم لا.

ابن راشد: والكتابة من ناحية الدَّين، والدين إذا بيع اختلف هل يكون من عليه هو أحق به أم لا؟ وظاهر المدونة أنه لا يكون أحق به، وعن مالك أراه حسناً، وما أرى أن يقضى به، وقال أشهب: يقضى به.

أشهب: وكذلك الكتابة، وقيَّد في سماع أشهب كون المكاتب أحق بكتابته بها إذا بيعت كلها؛ لأنه يعتق، قال: فأما ما لا يعتق به فلا يكون أحق به؛ لأنه لا يرجع إلى حرية، وليس هذا

حقيقة الشفعة، ومن هذا المعنى ما في الموازية والعتبية في من له امرأة ثلثها حر وباقيها رق، وولدها منه كذلك، فأراد المولى بيعها فطلب الزوج أخذها، فذلك له؛ لأنَّ فيه منفعة الابن فليُباعا عليه، وذكر ابن حبيب عن مالك في أمة تحت حر له منها أولاد وهي حامل فبيعت مع أولادها، أنَّ الزوج أحقُّ بهم إن شاء ذلك ما بلغوا وقاله أصبغ، ومثل هذا في العتبية.

ابن رشد: ولو لم يكن له منها ولد لكان المشتري أولى، والحامل مثل ذات الولد، وروى عبد الرزاق عن عمر بن عبد العزيز أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**قضى بالشفعة في الدين: وهو الرجل يكون له الدين على الرجل فيبيعه فيكون صاحب الدين أحق به**»، زاد في طريق آخر: «**وإذا أدى مثل الذي أدى صاحبه**».

قوله: (**وَإِجَارَةِ الأَرْضِ لِلزَّرْعِ**) لا يريد خصوصية هذه المسألة بل كل كراء والقولان لمالك، ومذهب ابن القاسم في المدونة سقوطها، وهو قول عبد الملك والمغيرة، وبوجوبها قال مطرف وأشهب وأصبغ.

واختلف أيضاً في المساقاة كالكراء والأقرب سقوطها في هذا الفرع؛ لأن الضرر فيها لا يساوي الضرر في العقار الذي وجبت الشفعة فيه.

وَفِي الْبِنَاءِ الْقَائِمِ فِي أَرْضِ الْحَبْسِ وَالْعَارِيَةِ عَلَى جَوَازِ بَيْعِهِ - قَوْلانِ، وَيُقَدَّمُ الْمُعِيرُ بِالأَقَلِّ مِنْ قِيمَةِ النَّقْضِ أَوِ الثَّمَنِ، فَإِنْ أَبَى فَلِلشَّرِيكِ بِالثَّمَنِ

يعني: أن البناء إذا كان بين شريكين مشاعاً ولا ملك لهما في العرصة كما كانت محبسة أو معارة فباع أحدهما، فهل للآخر الشفعة أم لا؟ قولان: المشهور وجوب الشفعة؛ وهي إحدى مسائل الاستحسان كما تقدم، وقال ابن المواز: لا شفعة في ذلك.

واعلم أنه اختلف أولاً، هل يجوز هذا البيع وهو المشهور أو لا؟ وهو الذي رواه أشهب، وقاله سحنون؛ لأن المعير يقدم عليه، وله أن يبقيه ويعطي قيمة نقضه، أو يأمر

بقلع بنائه، فلم يدر المبتاع ما اشترى نقضا أو ذهبا أو ورقا، وإلى هذا الخلاف أشار بقوله له: على جواز بيعه.

وعلى الجواز فقال المصنف: يقدم المعير إلى آخره، وهو كقوله في المدونة: وإذا بنى رجلان في عرصة رجل بإذنه ثم باع أحدهما نصيبه من النقض فلربِّ الأرض أخذ ذلك النقض بالأقل من قيمة النقض أو الثمن الذي باعه به، فإن أبى فلشريكه الشفعة بالضرر، والضرر أصل الشفعة، وقد علمت أن قول المصنف بالأقل من قيمة النقض أو الثمن، وهو مذهب المدونة، وزاد عياض وغيره قولين:

أحدهما أنه يأخذه بقيمته مقلوعاً فقط.

والثاني أنه يأخذه بالثمن فقط؛ ثم اختلف فقيل: يأخذه من المبتاع، وقيل من البائع بالأقل من قيمته أو الثمن، ويفسخ البيع بينه وبين المبتاع، فيرجع على البائع بما دفع له.

عياض: وجميع هذه الأقوال متأولة للشيوخ على المدونة.

أبو الحسن: وظاهر المدونة أنَّه لا يكون على المعير إلا قيمة النقض سواء مضى زمان تعار تلك الأرض في مثله أم لا، لكن قيدها أبو عمران بما إذا مضى زمان تعار فيه، وإلا فله قيمة بنائه قائماً.

أبوعمران: وهكذا وقع لسحنون.

أبو الحسن: وهو مشكل؛ لأنه وإن لم يمض أمد ما يُعار إلى مثله، فقد سقط حقه في بقية المدة إذا أراد الخروج فكان مثل ما إذا مضى أمد ما يعار إلى مثله، وهذا كله في العاريِّة المطلقة، وأما المقيدة بزمان ولم ينقض، فقال ابن رشد: إن باع قبل انقضاء أمد العارية على البقاء، فللشريك الشفعة، ولا مقال لرب الأرض ولو باعه على النقض قُدِّم رب الأرض كما تقدم.

خليل: وينبغي أن يتفق في الأحكام التي عندنا بمصر أن تجب الشفعة في البناء القائم فيه؛ لأن العادة عندنا أن [٥٨٦/ أ] رب الأرض لا يخرج صاحب البناء أصلاً، فكان ذلك بمنزلة مالك الأرض، وقاله شيخنا رحمه الله تعالى.

وَفِي غَيْرِ الْمُنْقَسِمِ كَالْحَمَّامِ وَنَحْوِهِ قَوْلانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهَا لِضَرَرِ الشَّرِكَةِ أَوْ لِضَرَرِ الْقِسْمَةِ....

يعني: وفي الشفعة فيما لا يقبل القسمة إلا بضرر (**قَوْلانِ**) وهما لمالك.

ابن عبد السلام: وفي المدونة ما يدل على كل واحد منهما، انتهى.

وبعدم الشفعة قال ابن القاسم ومطرّف وابن الماجشون وأصبغ.

صاحب الوجيز: وعدم الشفعة هو المشهور.

صاحب المعين: وبه القضاء وأفتى فقهاء قرطبة به لما جمعهم القاضي منذر بن سعيد؛ إذ كان به القضاء عندهم، فرفع الشفيع أمره إلى أمير المؤمنين عبد الرحمن بن محمد وقال: حكم علي بغير قول مالك، فوقع بخط يده إلى القاضي أن يحمله على قول مالك، ويقضى له به، فجمع القاضي منذر بن سعيد الفقهاء، وشاورهم فقالوا: مالك يرى في الحَمَّام الشفعة، فقضى منذر بذلك وحكم له بها، وقال ابن حارث: وأخبرني من أثق به أنه جرى العمل عند الشيوخ بقرطبة بإيجاب الشفعة.

وقوله: (**كَالْحَمَّامِ وَنَحْوِهِ**): أي من الأبرجة والآبار والعيون والشجرة الواحدة وشبه ذلك ومنشأهما ما أشار إليه المصنف وهو أن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر، وهل ذلك لدفع ضرر الشركة؟ فتجب الشفعة في ذلك حتى لا يضر بالشريك الداخل، أو إنما ذلك لدفع ضرر القسمة؛ لأن أخذ الشركاء له به طلب الباقين بالقسمة، فإذا اشترى أجنبي من أحدهم خشي الباقون أن يدعوهم المشتري إلى القسمة، وقد يكون

ذلك مضرّاً بهم؛ لأن كل واحد يحتاج إلى استحداث مرافق في نصيبه غالباً فشرعت الشفعة لرفع هذا الضرر، وعلى هذا فلا شفعة فيما لا ينقسم، لعدم حصول هذا الضرر فيه، والأول أظهر للاتفاق على وجوب الشفعة في ما ينقسم من حيث الجملة إلا أنه لا يمكن فيه القسم لكثرة الشركاء، وتنازعا في قوله عليه السلام: «**الشفعة فيما لم ينقسم**» هل المعنى عام فيما يقبل القسمة وما لم يقبلها؟ أو هو مقصور على ما يقبلها؛ لأن نفي الصفة عن الذات يستدعي قبولها، ولهذا لا يقال: الأعمى لا يبصر، ومن منع ذلك استدل بقوله تعالى: ﴿ لَا تَأْخُذُهُۥ سِنَةٌ وَلَا نَوْمٌ ﴾ [البقرة:٢٥٥].

وَفِي الْمُنَاقَلِ بِهِ - وَهو أَنْ يَبِيعَ حِصَّتَهُ بِحِصَّةٍ أَوْ دَارٍ وزِيَادَةٍ - ثَالِثُهَا: إِنْ عُلِمَ الْقَصْدُ لِلسُّكْنَى فَلا شُفْعَةَ، ورَابِعُهَا: إِنْ نَاقَلَ بِحِصَّتِهِ حِصَّةً لِبَعْضِ شُرَكَائِهِ فَلا شُفْعَةَ ....

لم يختلف في وجوب الشفعة إذا بيع الشِّقص بعين أو عرَض، واختلف إذا بيع بحصة أخرى أو دارٍ كاملة لأجنبي أو بعض شركائه، فمذهب ابن القاسم وروايته عن مالك وجوب الشفعة في ذلك.

ابن القاسم في العتبية: وهو الشأن.

قال في البيان: وهو الصحيح؛ لأنه بيع فكان كغيره، والقول بعدم الشفعة مطلقاً لم أره، ولعلَّ صاحبه رأى أن المناقلة من باب المعروف.

والقول الثالث: هو الذي كان مالك يقول: إنه إن أراد بالمناقلة السُّكنى ولم يرد البيع لا شفعة في ذلك وقاله ربيعة.

والقول الرابع عده المصنف خلافاً، وهو أمر يحتمل؛ لأن الذي نقله العتبي وتبعه اللخمي وابن رشد وغيرهما أن مطرف وابن الماجشون قالا: إن المناقلة التي قال مالك:

لا شفعة فيها إنما هي إذا باع الرجل شقصه من شريكه بشقص له فيه شرك فيكون كل واحد إنما أراد التوسع في حصته بما صار إليه، فأنت ترى أنهما إنما ذكرا ذلك على وجه التقييد لكن يحتمل ألا يكون مالك قصد ذلك فيكون خلافاً، ولعل ما نقلاه من قول مالك بنفي الشفعة هو القول الثاني من كلام المصنف.

المتيطي: وبرواية مطرف القضاء، وكان ابن القاسم يقول: إنَّ مالكاً رجع عنه وهذا يدل على أن رواية مطرف خلاف في الوجهين، وفي المناقلة الشفعة سواء كانت بين الشركاء أو الأجانب، وقيل: ثابتة بين الأجانب ساقطة بين الشركاء، وهو المشهور، والله أعلم.

وَلا شُفْعَةَ فِيمَا عَدَاهُ مِنْ حَيَوَانٍ وعَرُوضٍ، وَمَمَرٍّ، وَمَسِيلِ مَاءٍ

تصوره ظاهر، وحكى بعض الحنفية عن مالك وجوب الشفعة في السفن؛ لأنها تشبه الربع.

ابن عبد السلام: وهو لا يصح، نعم تجب الشفعة عند أهل المذهب في رقيق الحائط ودوابّه على أن بعض الشيوخ خرَّج في ذلك خلافاً من الخلاف في حجر الرحى.

ابن عبد السلام: ولا يبعد أن يخرج في الممر والمسيل الخلاف في النخلة الواحدة وشبهها.

فرعان:

الأول: لا شفعة لذي علو على سفل ولا بالعكس.

الثاني: اختلف في الجدار المشترك بين الدارين، ففي المدونة: فيه الشفعة.

ابن شبلون: معناه إذا بيع مع شيء من الدار لا أن يبيع وحده.

اللخمي: وعلى أصل أشهب لا شفعة؛ لأنه منع أن يقسم وإن حمل القسم، وقال: يبقى مرتفقا لهما يحمل كل واحد منهما خشبة عليه.

المتيطي: وإذا قلنا بالشفعة فيه فإن الشفعة تكون فيه بحصته من الثمن بعد التقويم، قاله غير واحد من الموثقين، قال: إنْ كان الحائط لبائع الدارِ والجار حمل خشبة عليه فالشفعة له بذلك، وحمل غير ابن شبلون المدونة على ظاهرها من وجوب الشفعة في الجدار وإن بيع مفرداً وهو الظاهر، وقال ابن نافع: لا شفعة في الجدار.

وتَسْقُطُ بِصَرِيحِ اللَّفْظِ، وَمَا فِي مَعْنَاهُ كَالْمُقَاسَمَةِ وَالسُّكُوتِ وَهُوَ يَبْنِي وَيَهْدِمُ وَيَغْرِسُ ....

(**صَرِيحِ اللَّفْظِ**) كما لو قال: أسقطت شفعتي أو: لا آخذ بها ونحو ذلك، قال في البيان: وإن سلم الشفيع بعد البيع فلا مقال له علم الثمن [٥٨٦/ ب] أو جهله.

ابن يونس: إلا أن يأتي من ذلك ما لا يكون ثمناً لقلته فلا يلزمه تسليمه.

قوله: (**وَمَا فِي مَعْنَاهُ**) ظاهر التصور، وصرح بعض الشيوخ بنفي الخلاف من المقاسمة، أعني مقاسمة الشفيع للمشتري وأما مقاسمة الشفيع لغيره ففي المدونة عن مالك: من اشترى شقصا من دار وله شفيع غائب فقاسم الشريك ثم جاء الشفيع فله نقض القسم وأخذه؛ إذ لو باعه المشتري كان للشريك رد بيعه، وقاله ابن القاسم وأشهب، وفي الموازية مثل ذلك وإن كانت المقاسمة من السلطان.

أشهب: وإنه ليأخذ بالغالب أن ليس له رد القسم؛ لأنهم قاسموا من يجوز قسمه، وقال سحنون: يمضي القسم وللشفيع أخذ ما وقع للمبتاع في القسمة بالشفعة، ومنع بعض الشيوخ من مقاسمة المشتري إذا كان الشريك غائباً؛ لدخول المشتري على أن للغائب حقا في الشفعة فكيف يقاسم؟ وأشار بعض الشيوخ إلى أن المذهب اختلف في دلالة الهدم والبناء والغرس على إسقاط الشفعة.

فرع:

وإن سلم على صفة ثم تبين خلافها فله الأخذ، ففي المدونة: وإذا أخبر الشفيع بالثمن فسلم ثم ظهر أن الثمن أقل فله الأخذ ويحلف لاحتمال أنه سلم كراهية في الأخذ، وقال أشهب: لا يمين عليه لظهور سبب تسليمها، وفيها: إذا قال له: وقد ابتاع فلان نصف نصيب شريكك ثم قال له: قد ابتاع الجميع فله الأخذ، ابن يونس: لأنه يقول: لم يكن لي غرض في أخذ النصف لبقاء الشركة، فلما علمت أنه أخذ الكل، أخذت لارتفاع الشركة، وقال أشهب وابن المواز: يلزم إسلام جميع النصف، وإنّما له أن يأخذ النصف الآخر، وفي المدونة: إن قيل له: قد اشترى فلان فسلم ثم ظهر أنه قد ابتاعه مع آخر فله القيام وأخذ حصتهما؛ لأنه يقول: إنما رضيت بشركة هذا، وقال أشهب: يلزمه التسليم للذي أسلم له، ويأخذ حصة الآخر إن شاء ثم تكون الحصة التي أسلمها أولا بين المشترين؛ لأنهما اشتركا في اشترائهما دفعة واحدة وإن رضيا بالتمسك بها سلم وإن شاء ألزماه أخذ ما سلم أو يسلم لهما جميعاً الشراء.

وَكَذَلِكَ شِرَاؤُهَا، ومُسَاوَمَتُهَا، ومُسَاقَاتُهَا، واسْتِئْجَارُهَا خِلافاً لأَشْهَبَ

لما ذكر ما يدل على إسقاط الشفعة باتفاق، أتبعه بما هو مختلف فيه، وكلامه يدل على أن أشهب يخالف في الجميع، وكذلك قال ابن شاس، وقال **ابن عبد السلام**: لا يتصور الخلاف في الشراء؛ لأنه إذا اشترى منه فإن شفع بالصفقة الأولى، فذلك يستلزم فسخ الثانية مع إبطال الصفقة الأولى، ودليل الرضا بها موجود، وإن شفع بالصفقة الثانية فقد أبطلها، ولا فائدة في الانتقال من الشراء الثاني إلى الشفعة بثمنه.

خليل: وانظر لو اشترى الشفيع الحصَّة جاهلاً بحكم الشفعة هل يعذر بذلك أم لا؟ ومذهب المدونة أن شفعته تسقط بالكراء والمساقاة والمساومة؛ لأنه ملك أخذه بغير كراء ولا مُسَاومة ولا مساقاة، وحكى ابن المواز عن أشهب ما حكاه المصنف عنه وهو ظاهر

في المساومة؛ لأن من حجة الشفيع أن يقول: إنما ساومته رجاء أن يبيعني بأقل وإلا فلي أن أرجع إلى الشفعة وإلى هذا أشار اللخمي، قال: ويحلف ثم يأخذ بالشفعة.

وقيد اللخمي هذا الخلاف بها إذا كان الكراء والمساقاة ينقضي أمدهما قبل السنة من يوم العقد، وأما إن كان لا ينقضي إلا بعدها فلا شفعة بالاتفاق وهذا إذا انعقد الكراء مع الشفيع، فإن انعقد بين المشتري وغير الشفيع، فاختلف الأندلسيون هل للشفيع أن ينقض العقد أو لا؟ وهو الذي تدل عليه المدونة عندهم، أو يفرق بين الأجل القريب والبعيد، وعلى تقدير ألا ينقضي فالكراء للمشتري، ويؤخذ من إسقاطه في المدونة الشفعة بالكراء أن الشفيع إذا قاسم المبتاع الأرض للحرث أنه تسقط الشفعة؛ لأن كل واحد أكرى نصيبه من صاحبه، وقاله ابن عبد الغفور ولو قاسمه الغلة، فقال ابن القاسم: لا تسقط وقال أشهب: تسقط كما لو قاسمه بالخرص فيما يخرص للحاجة وأما إن جذت الثمرة فاقتسماها بالكيل فلا يقطع ذلك شفعته.

وفي بَيْعِ الْحِصَّةِ الْمُسْتَشْفَعِ بِهَا قَوْلانِ

يعني: إذا وجبت الشفعة للشفيع فهل من شرط ذلك بقاء حصته بيده حين الأخذ وهو مراده بقوله: (**الْمُسْتَشْفَعِ بِهَا**) أو لا وله الأخذ وإن باع حصته (**قَوْلانِ**) وهما لمالك، واختار أشهب وغير واحد القول بسقوط الشفعة؛ لأنها إنما وجبت للضرر.

ابن عبد السلام: وظاهر قول ابن القاسم التفرقة بين أن يبيعه غير عالم فالشفعة له وبين أن يبيعه عالما فلا شفعة له، وفي البيان: ظاهر ما في المدونة أنه لا شفعة له إذا باع نصيبه، وإن باع غير عالم؛ لأنه قال في من باع شقصاً بخيَار ثم باع صاحبه بتلا أنَّ الشفعة لمشتري الخيار على مشتري البتل، ونسب التفرقة بين أن يعلم أو لا لابن القاسم في سماع عيسى، قال: وعلى الإسقاط فإن باع حين حطه فله الشفعة بقدر ما بقي من حظه، ووقع اختلاف

قول مالك في هذا في كتاب ابن عبدوس، وقال أشهب: أحب إلي ألا شفعة له بعد بيع نصيبه أو بعضه؛ لأنه إنما باع راغباً في البيع، وإنما الشفعة للضرر، فلم يكن له شفعة فهو قول رابع، ونص ابن ميسر على أنه إذا باع لا شفعة له إلا أن تبقى له بقية أخرى، قال في البيان: وقوله: إلا أن تبقى له بقية [٥٨٧/ أ] أخرى. يحتمل: فله الشفعة بقدرها ما بقي كأحد قولي مالك وظاهر ما في المدونة، ويحتمل أن يريد: إلا أن تبقى له بقية أخرى فله أخذ الجميع، فيكون قولا خامسا.

قال: وأظهر هذه الأقوال كلها الفرق بين أن يبيع عالماً ببيع شريكه حظه أو غير عالم، وقال اللخمي: اختلف بعد القول: إن الشفعة تسقط إذا باع بعض نصيبه هل تسقط من الشفعة بقدر ما باع؟ والذي رأى أن يستشفع بالجميع؛ لأن الشفعة تجب بالجزء اليسير في الكثير المبيع.

وَفِي تَرْكِ الْقِيَامِ مَعَ عِلْمِهِ حَاضِراً ثَالِثُهَا: تَسْقُطُ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ طَوِيلَةٍ، قِيلَ: سَنَةٌ، وقِيلَ: فَوْقَهَا، وقِيلَ: فَوْقَ ثَلاثٍ، وَقِيلَ: فَوْقَ خَمْسٍ

أي: إذا ترك القيام مع علمه ولم يأخذ بالشفعة فهل يكون ذلك إسقاط الشفعة أم لا؟ والقول بالسقوط لابن وهب، ورأى أن الأخذ بالشفعة على الفور كالردِّ بالعيب، والقول بأنه لا يسقط حقه مطلقا لمالك.

الأبهري: وهو القياس؛ لأنه حق ثبت له.

فلا يسقطه سكوته، والثالث هو المشهور تسقط بعد مضي مدة طويلة، واختلف في حدِّها، فروى أشهب: السنة ولا شفعة بعدها، وهو مذهب الرسالة.

المتيطي: وعليه العمل، وبالغ أشهب في هذا القول: فقال: إذا غربت الشمس من آخر أيام السنة فلا شفعة، ومذهب المدونة أن ما قارب السنة له حكمها.

قال في الوثائق: الشهر والشهران، وبه قال ابن الهندي، وحكى العبدري ثلاثة أشهر، وقال ابن سهل: أربعة أشهر، وقال أصبغ في الواضحة: هو على الشفعة ثلاث سنين ونحوها.

وقال مطرف وابن الماجشون في شفيع حاضر قام بشفعته بعد خمس سنين، وربما قيل له أكثر من ذلك، فقال: لا أرى هذا طولاً ما لم يحدث المشتري بناء. ونحوه لعبد الملك في المبسوط أن العشر سنين لا تقطع الشفعة وإنما يقطعها ما زاد على ذلك كالحيازة، وروي عن أبي عمران ثلاثون سنة.

وقال بعضهم: خمس عشرة سنة؛ قال في المقدمات: وكان ابن الماجشون يقول بإيجاب الشفعة للحاضر إلى أربعين سنة ثم رجع إلى العشرة.

ابن عبد السلام: وهل يحلف ما كان وقوفه تركاً للشفعة في السنة؟

نقل الكافي عن مالك أنه إن قام عند رأس السنة فلا يحلف، وروي عنه أنه يحلف ولو قام بعد جمعة.

وفي المدونة: ولم ير مالك التسعة أشهر، وفي رواية لا السبعة أشهر كثير ولا السنة كثير، أي قاطعاً لحقِّه في الشفعة؛ لأنه إن تباعد هكذا يحلف ما كان وقوفه تركاً للشفعة، وفي الموازية عن مالك: يحلف في سبعة أشهر أو خمسة لا شهرين.

ابن العطار وابن الهندي وغيرهما من الموثقين: وظاهر المدونة أنه لا يحلف في السبعة أشهر، وحمل ابن رشد المدونة على أنه يحلف في السبعة.

تنبيه:

ما ذكرناه أن للشفيع القيام بالشفعة بعد سنة أو أكثر على الخلاف إنما هو إذا لم يحضر البيع، وأما إذا حضر وكتب شهادته ثم قام بعد عشرة أيام، فروي عن مالك أنه يحلف ما كان ذلك منه تركا للشفعة ويأخذها.

المتيطي: قال غير واحد من الموثقين: ولم يصحب هذه الرواية عمل.

قال في البيان: وتحصيلها إن لم يكتب شهادته به، فإن أقام في القرب كالشهر والشهرين فله الشفعة بلا يمين، وإن لم يَقُمْ إلا بعد السبعة أو التسعة أو السنة فله الشفعة بيمين على ما في المدونة؛ وإن طال الأمدُ أكثر من السنة فليس له الشفعة، وإن كتب شهادته وقام بالقرب كالعشرة أيام ونحوها فله الشفعة بيمين وإن لم يقم إلا بعد شهرين فلا شفعة.

خليل: وانظر هذا مع قوله في المدونة: وإذا علم بالاشتراء فلم يطلب شفعته سنة فلا يقطع ذلك شفعته، وإن كان قد كتب شهادته في الاشتراء، فلم يطلب شفعته سنة فلا يقطع ذلك شفعته، وإن كان قد كتب شهادته في الاشتراء، فإن ظاهره أنه لا فرق في ذلك بين أن يكتب شهادته أم لا، خلاف ما حصله ابن رشد.

فرعان:

أولهما: لو اختلف المبتاع والشفيع في مرور السنة، فالشفيع مصدق مع يمينه إذا لم تقم بينة.

الثاني: لو أنكر الشفيع العلم وهو حاضر فقال أبو الحسن عن ابن القاسم وأشهب: إنه يصدق وإن طال؛ لأن الأصل عدم العلم، المتيطي: وهو ظاهر المذهب وقاله غير واحد من الموثقين، ويحلف على ذلك.

محمد بن عبد الحكم وابن المواز: يصدق ولو بعد أربعة أعوام.

ابن المواز: فإن الأربعة كثير ولا يصدق في أكثر منها.

فائدة:

في المذهب مسائل حُدَّ فيها بالسنة: هذه، واللُّقَطَة، والمعترض لتمضي عليه الأزمنة، وكذلك المجنون، والأجذم، والأبرص، والمستحاضة عدتها سنة، وكذلك المرتابة، والمريضة،

والجُرح لا يحكم فيه إلا بعد السنة لتمضي عليه الفصول الأربعة، والبنت تقيم عند زوجها سنة ولم يصبها ثم تطلق فإنها لا تجبر بعد ذلك، واليتيمة تمكث في بيتها سنة فإنها تحمل على الرشد على قول، وقيل: ثلاث سنين، وقيل: لا يجوز فعلها أبدا إلا بالبينة على الرشد والذي يوصي بشراء عبد ليعتق وأبى ربه البيع، فإنه يستأني سنة، وإذا قام شاهد بالطلاق فأبى أن يحبس سنة ثم يخلى مع امرأته وقيل: تطلق بالنُّكول والحيَازة إذا حاز الموهوب الهبة سنة صح الحوز فيها، وإن رجعت إلى الواهب على المشهور والزكاة والصوم لا يجبان إلا بعد السنة، والعمرة لا يباح فعلها على المشهور في السنة إلا مرة، وعهدة السنة والشاهد إذا تاب من فسقه قيل: لابد من مضي ستة أشهر، وقيل: لا حدَّ لذلك إلا بحسب ما يعلم عنده. [٥٨٧/ ب]

والْغَائِبُ عَلَى شُفْعَتِهِ مَا لَمْ يُصَرِّحْ، فَإِذَا قَدِمَ فَكَالْحَاضِرِ مِنْ حِينِ قُدُومِهِ

يعني: أن الغائب على شفعته علم أو لم يعلم إلا أن يصرح بإسقاطها أو ما في معنى ذلك كما لو أمر بالمقاسمة معه ونحو ذلك، وقيد أشهب هذا إذا لم يكن موضعه قريباً، قال: وأما إن كان قريباً لا مؤنةَ عليه بالنهوض، فطال زمانه بعد علمه بوجوب الشفعة، فهو كالحاضر.

وقال غيره في المجموعة: وليس المرأة الضعيفة ومن لا يستطيع النهوض في ذلك مثل غيرهم، وإنما فيه اجتهاد السلطان.

مطرف وابن الماجشون: والمريض والحاضر والصغيرة والبكر كالغائب، ولهم بعد زوال ذلك العذر ما للحاضر سواء كان المريض أو الغائب عالما بشفعته أو جاهلاً.

وقال **أصبغ**: المريض كالصحيح إلا أن يشهد في مرضه قبل مضي وقت الشفعة أنه على شفعته وأنه ترك التوكيل عجزاً عنه وإلا فلا شيء عليه بعد ذلك.

واختار ابن حبيب قول مطرف وابن الماجشون، وأخذ الباجي من قول أصبغ في المريض، أن الشفعة إنما تكون للغائب إذا لم يعلم وأما إن علم فلا يكون ذلك إلا بالإشهاد كالمريض، وحكى في الاستذكار عن جماعة من العلماء من أصحابنا وغيرهم أنه ليس على الغائب إشهاد ولا يمين.

وقوله: (**فَإِذَا قَدِمَ فَكَالْحَاضِرِ مِنْ حِينِ قُدُومِهِ**) تصوره ظاهر، ولو قيد هذا بما إذا لم يتقدم له علم في غيبته، وأما إن علم فلا يوسع له في الأجل كالحاضر لما بعد.

وإِنْ عَلِمَ فَغَابَ فَكَالْحَاضِرِ

هذا فيه إطلاق يقيد بما في المدونة ففيها: إن سافر الشفيع بحدثان الشراء فأقام سنين كثيرة ثم قدم فطلب الشفعة، فإن كان سفره يعلم أنه لا يؤوب منه إلا بعد أجل تنقطع فيه الشفعة للحاضر بجوازه فلا شفعة له، وإن كان سفراً يؤوب منه قبل ذلك، فعاقه أمر يعذر به فهو على شفعته، ويحلف بالله ما كان تاركا لشفعته أشهد عند خروجه أنه على شفعته أم لا.

وقوله: بجوازه: كذا وقع في التهذيب، ونقله عبد الحق وغيره، ولا يسقط قبل المجاوزة لاحتمال أن يكون من يأخذ له ولو في طريقه.

وقال اللخمي: متى سافر السفر المذكور سقطت شفعته ولو عاد بالقرب.

وَوَلِيُّ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِمْ كَالشَّفِيعِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَكَالْغَائِبِ.

يعني وحكم ولي المحجور عليهم من أب أو وصي كالشفيع في الأخذ والإسقاط والسكوت.

المتيطي: ويلزمهما اليمين إذا قاما بعد شهرين من البيع كالأخذ لنفسه.

ابن عبد السلام: وهذا كالمتفق عليه في المذهب، إلا أن بعض الشيوخ حكى خلافاً في سقوط شفعة الموصى بسكوت الوصي عنها، فإن لم يكن له أب ولا وصي، نظر القاضي أو مقدمه فإن كان بموضع لا سلطان فيه، أو لم يرفع الأمر إلى السلطان فهو كالغائب، فيكون على شفعته إذا رشد ويمضي لذلك عام ونحوه على ما تقدم.

قال في المدونة: ولو سلم من ذكرنا من أب أو وصي أو سلطان شفعة الصغير لزمه ذلك ولا قيام له إن كبر.

أبو الحسن: وظاهرها كان الأخذ نظراً أو لا، وبه قال أبو عمران، وقال غير واحد من الموثقين: إن ثبت أن إسقاط الشفعة سوء نظر من الأب أو الوصي، وأن الأخذ بها كان نظراً فهو على شفعته، وفي الموَّازية: إذا علم من الوصي أنه ضيع من الأخذ بالشفعة وأن ذلك كان على غير حسن نظر، ومضى للبيع خمس سنين فلا شفعة للصغير إذا رشد.

أبو عمران: وإن سلم القاضي شفعة الصغير، وليس ذلك بنظر، فإن ذلك لا يقطع شفعته؛ لأنه إنما يصير كأنه رفع إليه فلم يحكم وليس هو كالأب والوصي يسلمان الشفعة، فإن شفعته تسقط.

المتيطي وابن راشد: وهو خلاف ما قاله مالك في الأب والوصي.

وَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِالأَخْذِ أَوْ الإِسْقَاطِ بَعْدَ الشِّرَاءِ لا قَبْلَهُ

يعني: وللمشتري مطالبة الشفيع بأحد أمرين: إما أن يأخذ بالشفعة، وإما أن يسقط لما يلحقه من الضرر بترك التصرف فيما اشتراه، ولهذا لا تكون له المطالبة إلا بعد الشراء وأما قبله فلا لعدم الضرر حينئذ.

وَفِي إِمْهَالِهِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ قَوْلانِ

أي: إذا طلب الشفيع الإمهال لينظر ويستشير لما وقفه المشتري فهل يمهل؟

قال في الموازية: ولا يمهل ولو ساعة واحدة.

وقال أشهب في المجموعة **والمتيطي وابن راشد**: وهو المشهور المعمول به قالا تبعا لصاحب البيان.

وظاهر المدونة أنه يؤخذ في النقد لا في الارتياء والقول بأنه يؤخر ثلاثة أيام لمالك في المختصر.

اللخمي: وهو أحسن إذا كان إيقافه فور الشراء، قال في البيان: وقاسه ابن عبد الحكم على استتابة المرتد، والأول كقول مالك في الولي أنه لا يؤخر لينظر، وفي الزوجين المجوسيين يسلم الزوج، فإنه يعرض الإسلام عليها ولا تؤخر، وكذلك المملكة يوقفها فإنها لا تؤخر، إما أن تقضي أو ترد.

ولا يؤخذ المشهور من كلام المصنف؛ لأن قوله: **(وَفِي إِمْهَالِهِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ)** لا يؤخذ منه أن القول الآخر لا يمهل البتة لاحتمال أن يمهل يوما أو يومين، ابن المواز: وهذا كله إذا أوقفه الحاكم وأما إذا أوقفه غير السلطان فهو على شفعته حتى يوقفه السلطان أو يترك، وإن أخذ بالشفعة وسأل التأخير في دفع الثمن، فإنه يؤجل ثلاثة أيام قاله في المدونة وبه العمل والقضاء، وقال عبد الملك في الثمانية: يؤخر عشرة أيام ونحوها مما يقرب ولا يكون على المشتري فيه ضرر، وقال أصبغ: يؤجل على قدر المال في القلة والكثرة، وحاله في اليسر والعسر فيؤجل خمسة عشر يوما، وأقصى ذلك الشهر [٥٨٨/ أ] إذا رآه الحاكم، ولا أدري ما وراء ذلك.

فرع:

وإذا كان المشتري غائباً وطلب الشفيع التأخير حتى ينظر، فقال مالك: ليس ذلك له وإن كانت الغيبة قريبة كالساعة أخر.

وَلَوْ أُسْقِطَ بِعِوَضٍ جَازَ

أي: إذا وجبت الشفعة للشفيع فله أن يأخذ على ذلك العوض وهو ظاهر.

وَلَوْ أَسْقَطَ قَبْلَهُ لَمْ يَلْزَمْ وَلَوْ بِعِوَضٍ

أي: (**لَوْ أَسْقَطَ**) الشفيع الشفعة قبل شراء المشتري، فإن قال له: اشتر ولا شفعة لي عليك، لم يلزمه ذلك الإسقاط وكان له الأخذ بالشفعة بعد الشراء.

ابن يونس: لأن من وهب ما لا يملك لم تصح هبته.

أشهب وعبد الملك: كمن أذن له ورثته أن يوصي بأكثر من الثلث في صحته، فإن ذلك لا يلزمهم.

اللخمي: ويجري فيها قول بلزوم ما التزم ممن قال: إن اشتريت عبد فلان فهو حر، وإن تزوجت فلانة فهي طالق، وقد قالوا في من قاله لزوجته: إن تزوجت عليك فأمر التي أتزوجها بيدك، فأسقطت ذلك الخيار قبل أن يتزوج، أن ذلك لازم لها وهي في الشفعة مثله؛ لأنه أدخل المشتري في الشراء لمكان الترك ولولا الترك لم يشتر.

قوله: (**وَلَوْ بِعِوَضٍ**) هو للمبالغة؛ لأنه إذا كان بعوض كان أقوى، وقد يقال: إذا كان بغير عوض يكون أقوى؛ لأن المعاوضة على ذلك قبل الشراء لا تجوز وما كان كذلك ففسخ بخلافه إذا كان بغير عوض، فإنه هبة وهي جائزة بالمجهول، وعلى هذا فلا يحسن قول المصنف: (**وَلَوْ بِعِوَضٍ**) نعم يحسن عكسه، وهو أن يقول: ولو كان بغير عوض، ونقل ابن بزيزة في اللزوم قبله قولين على لزوم الوفاء بالعهد.

خليل: وقد يقال: هما على الخلاف فيما جرى سببه دون شرطه؛ لأن الشركة سبب والبيع شرط، والله أعلم.

الآخِذُ: الشَّرِيكُ وَالْمُحبِّسُ إِنْ كَانَتْ تَرْجِعُ إِلَيْهِ وَإِلا فَلا، إِلا أَنْ يُرِيدَ الْمُحَبِّسُ أَوِ الْمُحبَّسُ عَلَيْهِ إِلْحَاقَهَا بِالْحَبْسِ فَقَوْلانِ ....

هذا شروع منه في الكلام على الركن الثاني، واحترز بالشريك من الجار فلا شفعة له عندنا، والمحبس إنما ترجع إليه الحصة المحبسة إذا حبسها بمعني العمرى كما إذا قال: أعمرتك داري فإنها ترجع بعد موت المُعمِر، وأما لو حبس فلان وعقبه، أنها لا ترجع على المحبس على المشهور بل ترجع حبساً على أقرب الناس بالمحبس يوم المرجع، وقيل: ترجع ملكاً له.

فعلى هذا القول الشاذ: للمحبس الشفعة، وعلى كل تقدير فكلامه ليس بظاهر؛ لأنه إن أراد المعمِّر فإطلاق المحبِّس مجازاً لا قرينة تدل على إرادته إلا أن يقول: القرينة ما ذكره في كتاب الحبس.

وإن أراد المحبس في الصورة المذكورة فيكون كلامه على خلاف المشهور.

(**وَإِلا فَلا**) أي: وإن لم يكن المحبس يرجع إليه فلا شفعة له باتفاق.

قوله: (إلا أن يريد المحبس أو المحبس عليه) إلحاق الحصة المبيعة بالحبس (**فَقَوْلانِ**) ومذهب المدونة أن الشفعة للمحبس دون المحبس عليهم.

اللخمي: لأنهم لا أصل لهم بخلاف المحبس.

وقال مطرف وابن الماجشون وأصبغ: للمحبس عليهم الأخذ بالشفعة إذا أرادوا إلحاق الحصة بالحبس، قال بعضهم: فعلى هذا لو أراد أجنبي أن يأخذ بالشفعة للمحبس كان له ذلك، وحكى اللخمي ثالثا أنه لا شفعة للمحبس وإن أراد الإلحاق واستحسنه؛ لأن المحبس أزال الملك، فكان كالأجنبي، وعلى هذا فلا شفعة للمحبس عليهم من باب أولى، واختلف في صاحب المواريث هل يأخذ الشفعة لبيت المال؟

فقال بعضهم: له الأخذ، ومنع ذلك ابن زرب، ورأي الأول خطأ، ورجح بمنعه في المدونة أنْ يكون للمحبس عليهم الشفعة، وليس لناظر وقف المسجد أنْ يأذنَ بالشُّفعة، واعترض كلام المصنف ابن زرب بما نص عليه سحنون في المرتد.

وقد وجبت له شفعة إذ للسلطان أن يأخذها لبيت المال أو يترك، وأجاب ابن رشد في أجوبته بأنه إنما كان ذلك للسلطان لعموم نظره بخلاف صاحب المواريث إلا أن يجعل ذلك بيده فيكون كالسلطان.

فرع:

وهل يجوز لأحد الشريكين أن يحبس حصته بغير رضا شريكه؟

اللخمي: إن كانت تحمل القسمة جاز؛ لأنه لا ضرر على الشريك في ذلك فإن كره البقاء على الشركة قَاسَم، وإن كانت لا تنقسم كان له رد الحبس للضرر الذي يدخل عليه؛ لأنه لا يقدر على بيع جميعها، وإذا فسد منها شيء لم يجد من يُصلح معه، وحكى ابن سهل في تحبيس أحدهما نصيبه لا ينقسم قولين.

وَلِلنَّاظِرِ أَخْذُ شِقْصٍ بَاعَهُ لِطِفْلٍ آخَرَ أَوْ لِنَفْسِهِ

عياض وغيره: **الشِّقص** بكسر الشين المعجمة: النصيب، يعني للموصي على يتيمين إذا باع نصيب أحدهما أن يأخذ بالشفعة ليتيمه الآخر (**أَوْ لِنَفْسِهِ**) إن كان شريكاً لكن يدخل معه نظر القاضي إذا أخذه لنفسه؛ إذ يتهم أن يبيع منفرداً كما لو بيع نصيب يتيمه بثمن بخس ليأخذه بالشفعة، وكذلك إذا باع نصيب نفسه وأراد أخذه ليتيمه فلابد من نظر القاضي، وقد تقدم في غير موضع بيع عقار اليتيم فلابد من مراعاة ذلك هنا ولابد أيضا أن يكون الشقص المبتاع لليتيم لا يقل ثمنه إذا بيع منفردا ما لو بيع الجميع، وأما لو كان - وهو الغالب - إذا بيع جميع ذلك أوجر لنصيب اليتيم فيباع الجميع.

ويَمْلِكُ بِتَسْلِيمِ الثَّمَنِ أَوْ بِالإِشْهَادِ أَوْ بِالْقَضَاءِ

أي: (**ويَمْلِكُ**) الشفيع بأحد ثلاثة أوجه: إما بتسليم الثمن للمشتري وإن كان لم يرضَ أو بمجرد إشهاده بالأخذ أو بالحكم له بذلك، وهكذا في الجواهر، قال في البيان: وإذا وقف الشفيع فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أولها: أن يقول: أخذت، ويقول المشتري: سلمت ويؤجله الأيام في دفع الثمن، فإن لم يأت فليس لأحدهما الرجوع، ويباع للمشتري من مال الشفيع حتى يفي.

ثانيها: أن يقول: أخذت، وسكت المشتري، ويؤجله في الثمن، فلا يأتي به، فهذا إن طلب المشتري أن يباع له في الثمن فله ذلك، وإن أحب أخذ شقصه فله ذلك ولا خيار للشفيع على المشتري، وهذا الوجه في المدونة.

وثالثها: أن يقول: إنا أخذنا أخذا، ولا يقول: أنا أخذت، [٥٨٨/ ب] ويؤجله المشتري الأيام في الثمن، فاختلف فيه إذا لم يأت بالثمن، فقيل: يرجع الشقص إلى المشتري إلا أن يتفقا على إمضائه للشفيع، وقيل: إن أراد المشتري أن يلزم للشفيع الأخذ كان ذلك له وإن أراد الشفيع أن يرد الشقص لم يكن له ذلك، وهو قول ابن القاسم في رواية يحيى، وقول أشهب، والأول أبين.

وَتُلْزِمُ إِنْ عُلِمَ الثَّمَنُ وَإِلا فَلا

(**وَتُلْزِمُ**) الشفعة الأخذ إن علم الثمن، وهذا كقوله في المدونة: فإن قال الشفيع بعد الشراء: اشهدوا أني أخذت بشفعتي ثم رجع، فإن علم بالثمن قبل الأخذ لزمه، وإن لم يعلم به فله أن يرجع، وقال أشهب: إن لم يعلم إلا بعد أخذه، ورضي لم يجز وفسخ ثم تكون له الشفعة بعد الفسخ.

وقال المازري: إن أخذ قبل علمه بالثمن ثم علم فقال: ظننت أقل، فإن كان أراد أن يرد فله ذلك اتفاقاً وإن أراد أن يتمسك به فالمشهور أن له ذلك، وقال ابن المواز: ليس له ذلك، وأخذ اللخمي مما في المدونة: أنه يجوز الأخذ بالشفعة قبل معرفة الثمن، خلاف ما قاله صاحب النكت: إذا ابتاع شقصاً وعرضاً في صفقة واحدة لا يجوز أن يأخذ الشِّقص بالحصة إلا بعد المعرفة بما يخصه من الثمن لئلا يكون ابتداءَ شراءٍ بثمن مجهول وأخذ اللخمي ظاهر.

وَهِيَ عَلَى أَنْصِبَائِهِمْ - وَخُرِّجَ: عَلَى عَدَدِهِمْ مِنَ الْمُعْتَقِينَ وحِصَصُهُمْ مُتَفَاوِتَةٌ

كما لو كانت دار بين ثلاثة: لأحدهم: نصفها، ولآخر ثلثها، ولآخر: سدسها، وباع صاحب النصف، وقام الشريكان بالشفعة فإنه يكون لصاحب الثلث: الثلث ولصاحب السدس: السدس وهذا هو المشهور، وحكى ابن الجهم عن بعض الأصحاب أنها على الرؤوس، وخرجه اللخمي من القول الشاذِّ من مسألة العتق، وخرَّجه غيره على أحد القولين في أجرة القاسم، وقد تقدمت نظائر هذه المسألة في النفقات، قيل: وهذا هو الظاهر؛ لأن الشفعة معللة بأصل الملك، إذ لو انفرد أقلهم نصيباً لكانَ له أخذ الجميع، ولهذا قال اللخمي: لو كانت الشفعة في ما لا ينقسم على القول بذلك لكانت على الرؤوسّ؛ لأنها هنا إنما تلحق من مضرة دعوى المشتري إلى البيع وذلك مما يستوي فيه قليل النصيب وكثيره.

خليل: وقد يقال: في التخريج نظر؛ إذ لا شك أن العلة في الشفعة الضرر ومتى كثر النصيب كثر الضرر، ومتى قل قلَّ بخلاف العتق فإن من قال بالتقويم فيه على الرؤوس يعلل بأنه حق الباري تعالى ولا تفاوت فيه، والله أعلم.

وَإِذَا اتَّحَدَتِ الصَّفْقَةُ وَأَسْقَطَ بَعْضُهُمْ أَوْ غَابَ فَلَيْسَ لَهُ إِلا أَخْذُ الْجَمِيعِ

يعني: إذا انعقد البيع على صفقةٍ واحدة في حصة واحدة من دار أو دور، وللحصة شفعاء، وأسقط أحدهم حقه من الشفعة أو غاب، فليس للباقي إلا أن يأخذ الجميع أو يدع لما يدخل على المشتري بالتشقيص.

وفي المدونة: إذا كان للشقص شفع وغابوا إلا واحداً حاضراً فأراد أخذ الجميع ومنعه المشتري أخذ نصيب الغياب.

أو قال له المبتاع: خذ الجميع، وقال الشفيع: لا آخذ إلا حقي، فإنما للشفيع أن يأخذ الجميع أو يترك، وكذلك إذا قال: أنا آخذ حصتي، فإذا قدم أصحابي، فإن أَخذوا وإلا أَخذتُ الباقي، لم يكن له ذلك إلا أن يأخذ الجميع أو يدع، فإن سلم له فلا آخذ له مع أصحابه إن قدموا ولهم أن يأخذوا الجميع أو يدعوا فإن سلموا إلا واحدا قيل له: خذ الجميع وإلا دع.

ولو أخذ الحاضر الجميع وقدموا؛ فلهم أن يأخذوا حصصهم منه، وإن أخذ بعضهم وأبى البعض لم يكن لأحد أن يأخذ بقدر حصته فقط فيساوي الأخذ قبله فيما أخذ أو يدع، وحاصله أن القول قول من ادعى إلى عدم التشقيص من المشتري أو الشفيع إلا أن يصطلحا على أمرٍ فيجوز.

وقوله في المدونة: فإذا سلم فلا أخذ له مع أصحابه إن قدموا ولهم أن يأخذوا الجميع وهو المشهور، وقال أصبغ وابن حبيب: إذا كان تسليم أحد الشفعاء للمشتري على وجه الهبة أو الصدقة عليه فليس لمن أراد الأخذ إلا بقدر سهمه وللمبتاع سهم من سلم، وإن كان على ترك الشفعة وكراهة الأخذ فللمتمسك أخذ جميعها، وفي مختصر الوقار: ليسَ له إن لم يجز إلا مصابته خاصة.

اللخمي: وهو أقيس الأقوال؛ لأن الفاضل عن حصته لم يكن له وإنما كان لغيره، وجعل في البيان هذا الخلاف في ما إذا قال الشفيعُ التارك للمشتري: فقد أسلمت شفعتي لك، وأما لو أسلم أحد الشفعاء الشفعة بعد وجوبها ولم يقل لك فلا خلاف أنَّ لمن بقي من الشفعاء أن يأخذ الجميع، وقوله في المدونة: إذا أخذ الحاضر الجميع ثم قدموا فلهم إن بلغوا معه أن يدخلوا، قال صاحب النكت: يجب على أصل ابن القاسم أن تكون عهدتهم على المبتاع أو المأخوذ منه بالشفعة لا على صاحبهم ولو كان كذلك لكان يؤخذ من يديه الجميع وهم إنما يأخذون حصتهم، وتبقى له حصته، وليس كما قال أشهب: إنهم يجعلون عهدتهم إن شاءوا على صاحبهم الذي أخذ الجميع لغيبتهم، وإن شاءوا جعلوها على المبتاع، وقال صاحب المقدمات: قول أشهب تفسير لقول ابن القاسم قبل.

وقيل: إن قول أشهب خلاف لمذهب ابن القاسم، وأنه لا يكتب عهدته على مذهب ابن القاسم إلا على المشتري، وليس ذلك بصحيح، والصواب أن قول أشهب مفسر لقول ابن القاسم.

وَلَوْ تَعَدَّدَ الْبَائِعُ وَتَعَدَّدَتِ الْحِصَصُ فِي أَمَاكِنَ مُخْتَلِفَةٍ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ وَالشَّفِيعُ وَاحِدٌ فَكَذَلِكَ ....

يريد: والمشتري واحد كأن يكون لثلاثة شرك مع رابع هذا يشاركه في دار وهذا في بستان فباع الثلاثة أنصباءهم صفقة واحدة من رجل [٥٨٩/ أ] فقام الشريك، وأراد أن يشفع في الدار بمفردها فليس له ذلك إذا امتنع المشتري وليس له إلا أخذ الجميع أو تركه؛ لأنه تبعض على المشتري صفقته.

وإلى هذا أشار بقوله: (**فَكَذَلِكَ**) وهذا مذهب ابن القاسم المعروف، وفي الاستذكار عن أشهب: له أن يأخذ ممن شاء.

وَإِنْ تَعَدَّدَتْ هِيَ وَالْمُشْتَرُونَ فَلَهُ الشُّفْعَةُ مِنْ أَحَدِهِمْ؛ ثُمَّ رَجَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ

ولو (**تَعَدَّدَتْ**) الحصص (**والْمُشْتَرُونَ**) واتحدت الصفقة ولم يفارق هذا الفرع الذي قبله إلا بتعدد المشتري هنا كما لو باع الثلاثة أنصباءهم من رجلين فللشفيع الأخذ بالشفعة من أحدهما، قاله ابن القاسم (**ثُمَّ رَجَعَ**) عنه نظراً إلى اتّحاد الصفقة، وبالأول قال أشهب وسحنون، وهو اختيار التونسي واللخمي.

ابن راشد: وهو الأصح: لأن المأخوذ من يده لم تتبعض عليه صفقته.

وَالشَّرِيكُ الأَخَصُّ أَوْلَى عَلَى الْمَشْهُورِ فَإِنْ أَسْقَطَ فَالأَعَمُّ كَالْجِدَّتَيْنِ والأُخْتَيْنِ والزَّوْجَتَيْنِ، ثُمَّ بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ ثُمَّ الأَجَانِبِ ...

مثاله: إذا كانت دار بين اثنين ثم مات أحدهما وترك جدتين وأختين وزوجتين ثم باعت إحدى الجدتين، فإن الجدة الأخرى أولى؛ لأنها شريكة أخص لاشتراكها معها وسهمهما واحد، هذا هو المشهور، وروي أن الجميع سواء.

ابن القصار: وهو القياس. **ابن عبد السلام**: وهو ظاهر ما في الموازية وظاهر قول ابن دينار والنفس أميل إليه؛ لأن الموجب للشفعة هو الشركة لا شركة مقيدة.

قوله: (**فَإِنْ أَسْقَطَ**) هو تفريع على المشهور، أي فيكون لبقية ذوي السهام.

(**ثُمَّ بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ**) أي: العصبة إذا كان في الفريضة عصبة، فإن أسقط العصبة فالشفعة للشركاء الأجانب، وكذلك أيضا لو حصلت شركة بوراثة عن وراثة لكان أهل الوراثة السفلى أولى، نص عليه في المدونة في ما إذا ورث ثلاثة بنين داراً ثم مات أحدهم وترك أولاداً فإنه إذا باع أحد الأولاد، كانت إخوته أولى ثم الأعمام ثم الشركاء الأجانب، قال في المدونة: ولو باع أحد الأعمام فالشفعة لأخيه ويدخل بنو الأخ لدخولهم مدخل أبيهم، فنص على أن الأخص يدخل على الأعم وإلى هذا أشار بقوله:

وَيَدْخُلُ الأَخَصُّ عَلَى الأَعَمِّ

تصوره ظاهر مما ذكرنا، ونقل ابن العطار عن أصبغ أنه قال: إن باع أحد أو هذا الولد فالشفعة لإخوته وأعمامه؛ لأنهم ليسوا أهل سهم وإنما هم عصبة، ولا يكون أهل سهم إلا أهل الفرائض، قال في المدونة: إذا ترك أختا شقيقة وأختين لأب فأخذت الشقيقة النصف والاثنتان السدس تكملة الثلثين فباعت إحدى الأختين للأب، فالشفعة للشقيقة والتي للأب؛ إذ هما أهل سهم وعن أشهب أن الأخت للأب أولى.

اللخمي: وهو أحسن؛ قال فيها: وإن ترك ثلاث بنين: ابنان شقيقان وآخر لأب، وترك دارًا فباع أحد الشقيقين، فالشفعة بين الشقيق والأخ للأب، إذ بالبنوة ورثوا.

وَفِي دُخُولِ ذَوِي السِّهَامِ عَلَى الْعَصَبَةِ قَوْلانِ

هكذا وقع في بعض النسخ وعليها تكلم **ابن عبد السلام** فقال: يعني اختلف على قولين: هل ذوي السهام فيما بينهم وبين العصبة كالأخص مع الأعم فيدخل ذوي السهام على العصبة، ولا يدخل العصبة على ذوي السهام وهو مذهب المدونة واختاره ابن عبد الحكم وأصبغ وقال أشهب: إن بقية العصبة أحق كأهل السهام.

ابن عبد السلام: وهو الأقرب عندي، ولا يختلف أن العصبة لا يدخلوا على ذوي السهام؛ لأنه إذا لم يدخل ذو سهم على ذي سهم آخر فأحرى العصبة، ووقع في بعض النسخ: وفي دخول ذوي السهام على العصبة أو العكس، ثالثها: يدخل ذوو السهام، وعليها تكلم **ابن راشد** فقال: الثالث هو المشهور، والقول بدخول بعضهم على بعض مبني على أن نسبتهم إلى الموروث نسبة واحدة، والقول بدخول بعضهم على بعض لأشهب وهو أقيس، انتهى.

وعلى هذا فقول ابن عبد السلام: ولا يختلف إلى آخره ليس بظاهر، وقد تقدم لنا قول بدخول الأعم على الأخص.

ابن المواز عن أشهب: ولو اشترى ثلاثة داراً أو ورثوها فباع أحدهم ما بقي وسلم الشريكان ثم باع أحد النفر المشتركين مصابته، فبقية النفر أشفع من شريكي البائع، ولو باع أحد شريكي البائع لدخل في الشفعة شريكه الذي لم يبع، وسائر النَّفر الذين اشتروا الثلث الأول فيصير لهم النصف ولشريكهم الذي لم يبع النصف، قال: وخالفهم ابن القاسم في هذا وقال: لا يكون الذين اشتروا الثلث الأول أشفع فيما باع بعضهم من شركاء بايعهم بل هم كبائعهم يقومون مقامه إذا باع أحدهم فالشفعة لمن بقي منهم وسائر شركاء البائع منهم على الحصص بخلاف ورثة الوارث أو ورثة المشترين.

أصبغ: وهذا من الحق إن شاء الله، وهو الصواب.

وَالْمُوصَى لَهُمْ مَعَ الْوَرَثَةِ كَالْعَصَبَةِ مَعَ ذَوِي السِّهَامِ

أي: فلا يدخل الموصى لهم على الورثة، واختلف هل يدخل الورثة معهم، فروى أشهب فيمن أوصى بثلث حائط أو سهم فباع أحدهم حصته أن شركاءه أحق بالشفعة فيما باع من الورثة.

محمد: وقاله أشهب وابن عبد الحكم، وقال ابن القاسم: للورثة الدخول معهم كأهل السهام مع العصبة، وسلم ابن المواز دخول ذوي السهام على العصبة ومنع دخولهم على الموصى لهم ورأى أن الجزء الذي أوصى به الميت كالجزء ا لذي يجب لذوي السهام بالميراث.

فرعان:

الأول: إذا أوصى الميت أن يباع نصيب من داره لرجل بعينه والثلث يحمله لم يكن للورثة عليه [٥٨٩/ ب] شفعة لئلا يبطل ما قصده الميت من تمليك الموصى له بذلك الجزء ولو كان شريك الميت أجنبياً لوجبت له قيمة الشفعة.

الثاني: لو أوصى بثلثه للمساكين فباع الوصي ثلث الوصية، فقال سحنون: لا شفعة فيه؛ لأن بيع الوصي كبيع الميت، وقال غيره: الشفعة في ذلك للورثة.

اللخمي: وهو القياس.

الباجي: وهو الأظهر، وقد بلغني ذلك عن ابن المواز.

ابن الهندي: وهو الأصح لدخول الضرر على الورثة.

الْمَأْخُوذُ مِنْهُ: مَن تجَدَّدَ مِلْكُهُ اللازِمُ اخْتِيَاراً، وَقِيلَ: بِمُعَاوَضَةٍ، فَفِي الصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ لِغَيْرِ ثَوَابٍ قَوْلانِ ....

احترز بقوله: (**مَن تجَدَّدَ مِلْكُهُ**) مما إذا اشترى اثنان داراً دفعةً واحدة فلا شفعة لأحدهما على صاحبه؛ لأن أحدهما لم يسبق ملكه ملك الآخر ولأنها لو وجبت لأحدهما لوجبت للآخر، ولو وجبت لهما لزم ألا تجب لهما وكل ما أدى ثبوته إلى نفيه فهو منتف، وباللازم من بيع الخيار فإنه لا شفعة فيه قبل لزومه كما سيأتي، وبالاختيار من الميراث فإنه وإن تجدد ملك الوارث للحصة لكن لا بطريق الاختيار بل بطريق اللزوم فلا شفعة عليه، هذا هو المشهور، وروي عن مالك أنه يشفع على الوارث لتجدد ملكه وهذه الصورة صادقة على الصدقة والهبة لغير ثواب.

(**وَقِيلَ: بِمُعَاوَضَةٍ**) ليخرجها، وهذا هو مذهب المدونة والمشهور.

ابن يونس وغيره: وهو الأصح، والأول أيضا لمالك، وتقديم المصنف للأول ليس كما ينبغي.

وقول المصنف (**بِمُعَاوَضَةٍ**) أحسن من الشراء؛ لأنه يدخل فيها هبة الثواب والكراء.

وقوله: (**فَفِي الصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ لِغَيْرِ ثَوَابٍ قَوْلانِ**) هو مأخوذ مما قدَّمه وإنما ذكرهُ زيادة في الإيضاح، وعلى مذهب المدونة: إن أثاب الموهوب له عن هبة لغير ثواب شيئًا فلا شفعة فيها كما إذا رأى أن الهبة لصلة الرحم أو صدقة قاله في المدونة؛ لأن هذا ليس

بعوض حقيقة إلا أن يقوم دليل على أنهما عملا عليه. فلو أراد الشريك أن يحلف الموهوب له أنهما لم يسيرا بيعا لم يحلف إلا أن يكون ممن يتهم بذلك مثل أن يكون محتاجاً وهب لغني فيحلف الموهوب له، وإن كانت على صغير حلف أبوه، وقال عبد الملك ومطرف: يحلف مجملا. المتيطي: والقضاء بالأول.

وَلا شُفْعَةَ فِي مِيراثٍ وَلا فِي خِيَارٍ إِلا بَعْدَ إِمْضَائِهِ

هذا هو الذي احترز عنه بالقيود أولاً، ولو عطف بالفاء ليكون كالنتيجة عما قبله لكان أحسن.

وَلَوْ بَاعَ نِصفَيْنِ لاثْنَيْنِ خِيَاراً وبَتْلاً ثُمَّ أَمْضَى - فَفِي تَعْيِينِ الشُّفْعَةِ قَوْلانِ، بِنَاءً عَلَى الْبَيْعِ مِنَ الْعَقْدِ أو الإِمْضَاء ....

أشار بقوله: (**مِنَ الْعَقْدِ أو الإِمْضَاءِ**) إلى الخلاف المشهور هل بيع الخيار منحل أو منبرم؟

فعلى انعقاده الشفعة لمشتري الخيار؛ لأن مشتري البتل متجدد عليه إذ الفرض أنه باع لمشتري الخيار أولاً، ولهذا لو قال المصنف: خيارا ثم بتلا كما قال غيره لكان أحسن. وعلى أنه منحل فالشفعة لمشتري البتل، والمعروف من المذهب أن بيع الخيار منحل لكن المنقول هنا عن ابن القاسم أن الشفعة لمشتري الخيار.

وعَلَيْهِ وَعَلَى الْخِلافِ فِي بَيْعِ حِصَّةِ الْمُسْتَشْفَعِ بِهَا إِذَا بَاعَ حِصَّتَهُ بِالْخِيَارِ ثُمَّ بَاعَ شَرِيكُهُ الآخَرُ بَتْلاً، ثُمَّ أَمْضَى جَاءَتْ أَرْبَعَةٌ: مَاضٍ أَوَّلاً وَيَشْفَعُ- فَالشُّفْعَةُ لِبَائِعِ الْبَتْلِ ....

يعني: ويتنزل على هذا الخلاف في بيع الخيار هل هو منحل أو منبرم إذا ضممنا إليه الخلاف المتقدم في بيع الحصة المستشفع بها، هل تسقط الشفعة أم لا؟ إذا باع شريكان

حصتهما لرجلين باع أحدهما حصته خياراً ثم باع الآخر حصته بتلاً ثم أمضى الخيار أربعة أقوال، فعلى أنَّ بيع الخيار منعقد من يوم العقد وأن من باع الشقص لا تسقط شفعته فالشفعة لبائع البتل على مشتري الخيار؛ لأن بائع البتل يقول: بائع الخيار باع قبلي فقد وجبت الشفعة لي قبل بيعي حصتي وبيعي لحصتي ليس يُسقط لي حقي في الشفعة.

ومُقَابِلُهُ لِمُشْتَرِي الْبَتْلِ

أي: وإن قلنا: إنَّ بيع الخيار منحل وإن من باع حصته تسقط شفعته، فالشفعة لمشتري البتل؛ لأن مشتري الخيار إنما انبرمَ شراؤه بعد مشتري البتل، فكان مشتري الخيار متجدداً على مشتري البتل فكانت له الشفعة عليه، وعزا ابن يونس هذا القول لأشهب.

ابن عبد السلام: وكلام المصنف صحيح إلا أنّه زاد في الأصل الذي بنى عليه هذا القول زيادة مستغنى عنها وهي أنه فرض أن بيع الحصة المستشفع بها لا يضر في طلب الشفعة، وهذا لا يحتاج إليه في هذا القول الثاني وإنما يحتاج إلى كون الخيار منحلاً، ولعله إنما ذكر بيع الحصة المستشفع بها يسقط لإسقاط حق بائع البتل.

الثَّالِثُ لِمُشْتَرِي الْخِيَارِ

أي: أنَّ القولَ الثالث مبني على الاحتمال الثالث، وقد قدَّمْنَا أنَّ المصنِّف إذا ذكر قسمة رباعية أن يبدأ بإثباتين ثم بنفيين ثم بإثبات الأول ونفي الثاني ثم بالعكس فيكون الثالث أن بيع الخيار منعقد، وأن من باع الحصة المستشفع بها تسقط شفعته، فالشفعة لمشتري الخيار؛ لأنه حصل له الملك يوم الشراء، فمشتري البتل متجدد عليه ولا شفعة لبائع البتل لحصته وهذا القول مذهب المدونة؛ لأن فيها: ومن باع شِقْصاً بالخيار وله شفيع فباع الشفيع شقصه قبل تمام الخيار بيع بتل فإن لم يبع بالخيار فالشفعة لمبتاعه.

خليل: وأجرى ابن القاسم على خلاف قاعدته؛ لأنَّ المشهور في غير مسألة أن بيع الخيار منحلّ.

[٥٩٠/أ] الرَّابِعُ لِبَائِعِ الْخِيَارِ

أي: والقول الرابع مبني على الاحتمال الرابع: وهو أن يفرض أن بيع الخيار منحل، وأن بائع الحصة المستشفع بها يشفع فالشفعة لبائع الخيار؛ لأن مشتري البتل متجدد عليه ذلك الملك مستصحب حتى يمضي البيع فكان له الشفعة على مشتري البتل وليس بيعه شقصه مسقطا لحقه في الشفعة، وهذا قول ابن المواز وأصبغ.

وَتَثْبُتُ فِي الْمَهْرِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ وَجَمِيعِ الْمُعَاوَضَاتِ

يعني: أن الشفعة تثبت في كل معاوضة سواء كانت المعاوضة بمال أو غيره: كالمهر والخلع والمصالح على خراج العمد والخطأ، قال في المدونة: والشفعة في هذا بقيمة الشقص.

ابن يونس: يريد ولا يجوز الاستشفاع إلا بعد المعرفة بالقيمة.

خليل: وهذا بخلاف ما أخذه اللخمي أنه يجوز الأخذ قبل معرفة الثمن وقد تقدم ذلك.

وَالْعُهْدَةُ عَلَى الْمُشْتَرِي

يعني: وعهدة الشفيع على المشتري وهي ضمان درك الثمن في العيب والاستحقاق وكانت عليه؛ لأنه الذي أخذ منه الثمن وأخذ الشفيع الشقص منه، وعن سحنون أن للشَّفِيع أن يكتب عهدته على من شاء من بائع أو مبتاع.

وَفِي عُهْدَةِ شُفْعَةِ الإِقَالَةِ قَوْلانِ: يُخَيَّرُ، وعَلَى الْمُشْتَرِي

يعني: إذا تقايل المشتري والبائع فإن ذلك لا يسقط الشفعة، واختلف قول مالك في العهدة، فمذهب المدونة أنه لا خيار للشفيع وإنما عهدته على المشتري، وبه أخذ محمد وابن حبيب، وقال مرة: يخير فإن شاء جعله على المشتري أو البائع.

أشهب: وسواء كان المستقيل هو المشتري أو البائع، وقال مطرف وابن الماجشون: إن رأى أن التقايل بينهما كان لقطع الشفعة، فالإقالة باطلة وللشفيع الشفعة بعهدة الشراء، وأن رأى على وجه الصحة والإقالة فهو بيع حادث، وللشفيع الشفعة بأي البيعتين شاء واستشكل مذهب المدونة؛ لأن الإقالة إما حل بيع فيلزم منه بطلان الشفعة، وإما ابتداء بيع فيخير كما لو تعدد البيع من غير البائع، فلا وجه للحصر في المشتري وأجيب باختيار الأول، وإنما تثبت الشفعة وكانت العهدة على المشتري؛ لأنهما متهمان في قطع شفعة الشفيع واستحسن أشهب ما في المدونة والقياس عنده قول مالك الآخر وهذا إذا كانت الإقالة بمثل الثمن لا زيادة ولا نقصان، قال: ولو تقايلا بزيادة أو نقصان فله الشفعة على أيهما شاء اتفاقا، قاله عياض.

الباجي: الشركة والتولية كالإقالة.

وَأَمَّا لَوْ سَلَّمَ قَبْلَهَا فَعَلَى الْبَائِعِ

يعني: أمَّا لو سلم الشفيع الشفعة وترك أخذها قبل الإقالة ثم تقايلا فإن للشفيع أن يأخذ بعهدة الإقالة من البائع.

ابن المواز: ويصير بيعاً حادثاً.

عياض: ولا خلاف فيه، وأما لو سلم بعدها فلا شفعة له أصلا.

وَلا يَضْمَنُ مَا نَقَصَ عِنْدَهُ، وَلَهُ غَلَّتُهُ وَثَمَرَةٌ وَقَدِ اسْتَغْنَتْ قَبْلَهَا

يعني: لا يضمن المشتري ما نقص عنده سواء تغير بنقص في ذاته أو صفاته أو سوقه أو بفعل المشتري، نص عليه مالك في المدونة، ولو هدم المبتاع الدار ليبنيها أو ليوسعها ونحو ذلك، قال فيها: ويخير الشفيع فإما أخذ بجميع الثمن أو ترك، فإن قلت: لم لا يضمن المشتري إذا هدم؟ قيل: لأنه تصرف في ملكه، وقيد بعض الشيوخ ما ذكره في

المدونة في الهدم، فقال: إنما يصح إذا لم يعلم المشتري أن معه شفيعاً، وأما إن علم ثم هدم فحكمه حكم المتعدي والغاصب، وقد قال ابن زرب: في من بنى في حصة لها شفيع فقام بشفعته يأخذ قيمة بنائه منقوضاً؛ لأنه بنى في غير ماله، قال غيره: فهو كالمتعدي.

قوله: (**وَلَهُ...إلى آخره**) أي وللمشتري غلة المبيع؛ لأن الضمان منه، وله الثمرة التي قد استغنت قبل الشفعة، وقد تقدم الكلام في الثمرة تباع مع النخل، وعطف المصنف الثمرة على الغلة وإن كانت من الغلة ليرتب عليه قوله: (**وَقَدِ اسْتَغْنَتْ**).

فَإِنْ هَدَمَ وَبَنَى فَلَهُ قِيمَةُ مَا بَنَى يَوْمَ الْقِيَامِ، وَلِلشَّفِيعِ قِيمَةُ النَّقْضِ، وَتَصَوُّرُهَا فِي شَفِيعٍ غَائِبٍ قَاسَمَ الْقَاضِيَ أَوِ الْوَكِيلَ عَنْهُ، أَوْ تَارِكٍ لأَمْرٍ ثُمَّ ظَهَرَ فِيهِ كَذِبٌ كَالثَّمَنِ، أو دَعْوَى صَدَقَةٍ وَشِبْهِهَا ....

يعني: إذا هدم المشتري المبيع وبنى ثم قام الشفيع فله الأخذ بالشفعة ويغرم الشفيع للمشتري قيمة بنائه قائما يوم قيام الشفيع بالشفعة مع الثمن الأول.

فإن قلت: كيف يعطي جميع الثمن مع أن قيمة النقض جزء من المبيع؟ **قيل:** لا يريدون بالثمن جميع الثمن كما سألنا عنه، وإنما يريدون بالثمن ما ينوب العرصة منه بلا بناء، فما نابها منه، فهو المعبر عنه بالثمن، وفسر أشهب ذلك، فقال: يحسب كم قيمة العرصة بلا بناء وكم قيمة النقض مهدوما ثم يقسم الثمن على ذلك، فإن وقع منه النقص نصفه أو ثلثه، فهو الذي يحسب للشفيع ويحط عنه من الثمن، ويغرم ما بقي مع قيمة البناء قائما.

ابن المواز: وهو قول مالك وأصحابه.

ابن يونس: وإنما يغرم الشفيع قيمة العمارة يوم القيام؛ لأن المبتاع هو الذي أحدث البناء، وهو غير متعد به، والأخذ بالشفعة كالاشتراء فعلى الشفيع قيمته يوم أخذ بشفعته، وإنما

حسب للشفيع على المبتاع قيمة النقص مهدوما يوم الشراء؛ لأنه لم يتعد في هدمه فكأنه اشتراه مع العرصة مهدوما ثم بنى به، وهو في ملكه وضمانه فوجب أن يأخذ العرصة بقيمتها من قيمة النقض من الثمن يوم الشراء؛ كما لو اشتراها مع عرض، مالك وإن لم يفعل فلا شفعة له.

قوله: (**وَتَصَوُّرُهَا**) هو جواب عن سؤال مورود هنا، وذلك لأنه قيل لابن المواز: كيف [٥٩٠/ب] يمكن إحداث بناء في مشاع؟ أي لأنه إن كان بحضرة الشفيع فهو مسقط للشفعة، وإن كان في غيبته فالباني متعد، فلا تكون له قيمة البناء قائما، إلا بعد القسمة وبعد هذا لا تجب الشفعة وبالجملة فالحكم بوجوب الشفعة ينافي أخذ قيمة البناء قائماً، وأجيب بأوجه:

أولها: أن الشفيع غائب وكانت الدار للشركاء وسلم الحاضرون وطلبوا القسمة، فقاسم القاضي عن الغائب ثم هدم المشتري في غيبة الشفيع فالباني غير متعد والشفيع باق على شفعته وليس للقاضي أو الوكيل إسقاط شفعته؛ لأنه لم يوكل على ذلك.

ثانيها: أن يكون الشفيع حاضراً وترك الشفعة لأمر كما لو كذب في الثمن فيترك الشفيع الشفعة استغلاء، وقاسم القاضي ثم ظهر خلاف ذلك.

ثالثها: أن يكون البائع والمبتاع أظهرا الصدقة أو الهبة بناءً على إحدى الروايتين بمنع الشفعة في ذلك ثم انكشف أنه بيع بعد المقاسمة والبناء لأجل هذا الخلاف أخره المصنف عما قبله.

ورابعها: أن يشتري داراً فيهدم ويبني ثم يظهر مستحق لنصفها ويريد أن يأخذ بالشفعة وهذا الجواب لمحمد.

ابن عبد السلام: وعليه يعتمد أكثر الشيوخ لما يبنون عليه من كثرة الفوائد بسبب تركيب المسألة من الشفعة والاستحقاق، والمتكفل بذلك المدونة وشروحاتها.

خليل: وانظر لِمَ لمْ يجعل المشتري- إذا كذب في الثمن أو دعوى صدقة ونحوها ثم تبين خلافها – كالمتعدي؛ ولعله الأظهر، فلا يكون له إلا قيمة النقض ولعل كلامهم محمول على ما إذا كان إظهار أكثر من الثمن من غير المشتري، والله أعلم.

وَيَتْرُكُ لِلْمُشْتَرِي الشَّرِيكِ مَا يَخُصُّهُ

كما لو كانوا ثلاثة مشتركين في دار لكل واحد منهم الثلث فباع أحدهم نصيبه للآخر فلا يأخذ الباقي من يد المشتري جميع الثلث كالأجنبي بل نصف الثلث، ويترك له نصفه وهو الذي ينوبه؛ لأنه يقول: لو كان المشتري أجنبياً لم يكن لك إلا نصف الثلث، ولي النصف فأسوا أحوالي أن أكون كالأجنبي.

وَإِن تَنَازَعَا فِي سَبْقِ الْمِلْكِ تَحَالَفَا وَتَسَاقَطَا وَمَنْ نَكَلَ فَعَلَيْهِ الشُّفْعَةُ

أي: إذا تنازعا الشريكان في قدر الملك، فقال كل منهم: ملكي سابق وأنت مجدد عليَّ وطلب الشفعة؛ فلكل تحليف صاحبه، فإن حلفا يريد أو نكلا سقطت دعواهما، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فالشفعة للحالف، أما إن أقاما بينتين فإنه يقضى بأقدمهما تاريخاً.

وَيَشْفَعُ مِنَ الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِداً بَعْدَ الْفَوْتِ لا قَبْلَهُ بِالْقِيمَةِ الْوَاجِبَةِ، فَإِنْ فَاتَ بِبَيْعٍ صَحِيحٍ فَبِالثَّمَنِ فِيهِ ....

البيع الفاسد يفسخ فإذا فات ملك المشتري بالقيمة فلهذا إذا اشترى شِقْصاً شراءً فاسداً فإن اطَّلع على ذلك قبل الفوات فلا شفعة ويفسخ البيع، وإن اطَّلع على ذلك بعد أن فات الشقص عند المشتري بما يفوت البيع الفاسد فللشفيع أخذه بالقيمة الواجبة على المشتري؛ لأن الشقص قد انتقل إلى ملك المشتري، ويأتي على قول سحنون الذي يرى أنَّ البيع الفاسد لا ينقل الملك أصلاً، وإنما يلزم على قوله مع الفوات؛ لأنه كالاستهلاك تعدم الشفعة فيه.

فرع:

قال في المدونة: ولو علم به أي بالفساد بعد أخذ الشفيع فسخ بيع الشفعة والبيع الأول؛ لأنَّ الشفيع دخل مدخل المشتري.

ابن المواز: وإذا أجزنا له الأخذ بالشفعة بعد الفوت، فلابد من معرفة الشفيع بيع الشفعة، والبيع الأول بالقيمة التي لزمت المشتري، فإن أوجبها على نفسه قبل معرفته فذلك باطل، وجعل ابن يونس قوله تفسيراً للمدونة.

قوله: **(فَإِنْ فَاتَ بِبَيْعٍ صَحِيحٍ فَبِالثَّمَنِ فِيهِ)** يعني: أن ما ذكرناه من أنَّ الشَّفِيع يأخذ مع الفوات بالقيمة، إنما هو فيما إذا فات بغير بيع صحيح، وأما إن فات به فللشفيع الأخذ بذلك الثمن لا بالقيمة إلا أن يكون المتبايعان ترداها قبل أخذ الشفيع فيصير كثمن سابق على الثمن في البيع الصحيح فيأخذ الشفيع بأيهما شاء كبيعتين صحيحتين، قال في المدونة:

وسواء ترداها بقيمة أو بغيرها وقد صح البيع بينهما بأخذ القيمة.

وقوله: **(بِالْبَيْعِ الصَّحِيحِ)** احترز به من البيع الفاسد، قال في المدونة، وإذا باعها المشتري شراءً فاسداً ثم باع بيعاً فاسداً رد الأول والآخر جميعاً إلا أن يفوت، وتجب القيمة في ذلك فلا يرد.

وَيُنْقَضُ بِالشُّفْعَةِ وَقْفُهُ وَغَيْرُهُ

يعني: أنه لا يبطل حق الشفيع إذا وقف المشتري الشقص أو وَهَبَهُ أو تصدق به، ولو نقض ذلك ولو هدم المشتري الشقص وبناه مسجداً فللشفيع هدمه، وفي المدونة: من اشترى شقصا له شفيع غائب فقاسم الشريك ثم قدم الغائب فله نقض القسم وأخذه، واستدل على ذلك بأن الشُّفعة قُصاراها أن تكون كالبيع فكما له الأخذ بالبيع الأول وإبطال ما بعده من

البياعات فكذلك له الأخذ بالبيع الأول وإبطال القسمة التي هي أضعف من البيع، وقاله ابن القاسم وأشهب في الموازية إلا أن أشهب أشار إلى تردد في المجموعة.

فقال: إنه ليأخذ بالقلب أن ليس له رد القسم؛ لأنهم قاسموا من تجوز قسمته، يعني من بقية الشركاء ووكيل الغائب، ولهذا قال سحنون: يمضي القسم وللشفيع أخذ ما وقع للمبتاع بالقسم بالشفعة، وظاهره وظاهر المدونة سواء كان القسم بحكم أو بغيره، لكن تأوله صاحب [٥٩١/ أ] النكت على ما إذا لم يكن بحكم، قال فلذلك قال: إن له نقض القسم، قال: وأمَّا إذا رَفَعَ إلى الحاكم فالقسم ماض ويأخذ الشفيع ما يقع له به القسم، وهذه التفرقة هكذا في مذهب أشهب، ويمكن أن يجمع بين قوله في المدونة وقول سحنون بهذا ولا يبقى في المسألة خلاف فيحمل قوله في المدونة على ما إذا لم يحكم وقول سحنون على ما إذا كان بحكم.

وَيَأْخُذُ بِأَيِّ الْبُيُوعِ شَاءَ فَيُنْقَضُ مَا بَعْدَهُ

قال في الجلاب: وإذا بيع السهم الذي فيه الشفعة مراراً قبل أخذ الشفيع فله أن يأخذ بأي الصفقات شاء، فإن أخذ بالصفقة الأخيرة، صحت الصفقة التي قبلها، وإن أخذ بالصفقة الأولى بطلت الصفقة التي بعدها، اتفقت الأثمان أو اختلفت، والاختيار إليه في العهدة والثمن.

وإن أخذ بالصفقة الوسطى صح ما قبلها وبطل ما بعدها، وقيد اللخمي هذا إنما إذا لم يكن حاضراً، وأما الحاضر العالم فإنه تسقط شفعته في البيع الأول وتثبت في البيع الثاني، وكذلك إن كثرت البياعات إنما يكون له الأخذ بالأخير.

الْمَأْخُوذُ بِهِ مِثْلُ الثَّمَنِ أَوْ قِيمَتِهِ فِي الْمُقَوَّمِ

هذا هو الركن الرابع؛ يعني أن الشفيع يأخذ الشِّقص بمثل ما دفع فيه المشتري إن كان مثليّاً أو بقيمته إن كان مقوماً وهو ظاهر، فإن لم يجد مثل المثلي غرم قيمته، قاله مالك في المجموعة فيمن اشترى بثمن فلم يجده الشفيع.

فرع:

وعلى الشَّفيع أجرةُ الدَّلَّال وإن كانت من عقْدِ الشراء وثمن ما كتب فيه؛ لأنَّ بذلك وصل المبتاع إلى المبيع، وإن كان المبتاع دفع أكثر من المعتاد، لم يكن على الشفيع إلا دفع المعتاد، بذلك أفتى ابن عتاب وابن مالك وابن القطَّان.

المتيطي: ولا أعلم لهم مخالفاً.

ابن يونس: قال بعض الفقهاء: وانظر لو غرم على الشِّقص غرماً هل يأخذه الشفيع بالثمن أو بما غرم عليه؛ وقد اختلف في من اشترى من أيدي اللصوص هل يأخذه ربه بغرم أو بغيره.

فَإِنْ لَمْ يَتَقَوَّمْ كَالْمَهْرِ وَالْخُلْعِ، وَصُلْحِ الْعَمْدِ، وَدَرَاهِمَ جُزَافاً فَقِيمَةُ الشِّقْصِ يَوْمَ الْعَقْدِ، وَقِيلَ: فِي الْمَهْرِ صَدَاقُ الْمِثْلِ، وَقِيلَ: تَبْطُلُ فِي الدَّرَاهِمِ ....

أي: فإن لم يتقوم عوض الشقص غالباً كالمهر والخلع وصلح العمد، فإنه يرجع إلى قيمة الشقص، وقلنا: غالباً؛ لأنَّ المهر يتقوم بمهرِ المِثْلِ، وكَذلك الخلع، واحترز بصلح العمد من الصلح من الخطأ ففيه الشفعة بالدِّيَة، فإن كانت العاقلة أهل إبل، أخذه بقيمة الإبل وإن كانت ذهب أو ورق أخذه بذهب أو ورق يُنَجِّم ذلك على الشفيع كالتنجيم على العاقلة، قاله في المدونة، وقال سحنون في المصالِح عن جميع الدية على شِقص إن كان إعطاء ذلك والعاقلة أهل ذهب أو ورق فالصلح جائز ويرجعه ابن القاسم بالأقل من القيمة أو الدية، أو كان صلحه عليهم وإن كانوا أهل إبل، فإن كان القاتل يعطي الشقص ولا يرجع بذلك على العاقلة فهو جائز، وإن كان إنما صلح عنهم ليرجع عليهم لم يجز الصلح؛ لأنهم مخيرون.

ابن عبدوس: وكان سحنون يقول في هذا الأمر بقول عبد الملك أن الدين له حكم العروض، فإذا اشترى الشِّقص بالدية وهي دنيئة فإن كانت دنَانِير ودراهم قومت

بالعرض على أن تؤخذ في ثلاث سنين ثم يقوَّم العرض، وقال عبد الملك: يؤخذ ذلك بالعرض الذي قوِّم به الدَّيْن.

سحنون: وإن كانت الدية قومت بالنقد على أن تؤخذ في ثلاث سنين ثم يأخذ الشفيع بذلك أو يدع.

قوله: **(أَوْ دَرَاهِمَ جُزَافاً)** نحوه في الجواهر، وقال **ابن عبد السلام**: في صحة فرضها نظر في المذهب؛ لأن الدنانير والدراهم لا يجوز بيعها جزافاً، فإن قيل: يحمل كلامه على ما إذا كان التعامل بالوزن، فإنه يجوز حينئذ التعامل بها جزافاً، قيل: لا يصح؛ لأنه لو كان كذلك لكان الحكم إذن هو قيمة الجزاف كما لو وقع بصبرة طعام.

خليل: ويمكن أن يقال: لا يلزم ما ذكره؛ لأنَّ الطعام إذا قُوِّم بالعين يقوَّم بما هو الأصل في التَّقوِيم بخلاف الدراهم؛ لأنك إما أن تقومها بعرض أو بعين موافق أو مخالف، ففي العرض يلزم منه البدل والصرف المستأخر، ولهذا قيل في العين: إن الشفعة تبطل، وهذا وإن كان ممكناً من جهة القيمة، إلا أن اللخمي نقل خلافه فقال: وإن كان ذهباً قوِّم بالفضة، أو فضةً قوِّم بالذهب، يريد والقيمة في ذلك يوم الشراء لا يوم الأخذ بالشفعة، وكذلك كل ما اشترى به جزافاً فالقيمةُ يومَ الشِّرَاء.

قوله **(وَقِيلَ: فِي الْمَهْرِ صَدَاقُ الْمِثْلِ)** أي: يشفع بصداق المثل، وهذا القول نقله اللخمي.

ابن عبد السلام: وهو الأقرب.

ابن راشد: ولم أر القول بالبطلان في الدراهم.

فَإِنِ اشْتُرِيَ مَعَ غَيْرِهِ فِيمَا يَخُصُّهُ، وَيَلْزَمُ الْمُشْتَرِيَ بَاقِي الصَّفْقَةِ

يعني **(فَإِنِ اشْتُرِيَ)** الشقص الذي فيه الشفعة **(مَعَ)** ما لا شفعة فيه فللشَّفيع أَخْذُ الشِّقْص بما يخصه من الثمن، ويلزم المشتري باقي الصفقة هكذا في المدونة وإنما لم يكن

للمشتري مقال بسبب تبعيض صفقة؛ لأنه دخل على ذلك وأشار ابن يونس إلى أن هذا جار على القول بأن الشفعة ابتداء بيع، وأما على القول بأنها كالاستحقاق، فإنه ينظر فإن كانت قيمته الشقص النصف فأقل فكذلك، وإن كان جل الصفقة فيكون له رد الباقي.

خليل: إنما ينبغي أن يقال: على هذا يلزمه رد الباقي كما تقرَّر في عِلْمه.

وَإِلَى الأَجَلِ إِنْ كَانَ مَلِيئاً أَوْ بِضَامِنٍ مَلِيءٍ، وَإِلا عَجَّلَهُ

هكذا في المدونة وزاد فيها كون الضامن ثقة، ومعناه أنه إذا اشترى شِقْصاً إلى أجل أخذه الشفيع إلى مثل الأجل بمثل الثمن [٥٩١/ ب] بشرط أن يكون الشفيع مليئاً أو يأتي بضمان ثقة، فإن أراد الشفيع تعجيل الثمن للمبتاع فذلك له، وليس له تعجيله للبائع، وإن رَضِيَ المبتاعُ، قال المتيطي: وإن لم يوجد أحدهما فلا يأخذ الشفيع الشفعة حتى يعجل الثمن، وظاهر المدونة وهو ظاهر كلام المصنف أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون ملاء الشفيع كالمشتري أو أقل، وهو قول محمد وابن الماجشون، والمتيطي، وهو المشهور، وقال أشهب: إن لم يكن الشفيع كالمشتري في الملاء أتى بحميل مثل ثقة المشتري وملائه وإلا فلا. وظاهر قوله أيضا هو ظاهر المدونة.

(**وَإِلا عَجَّلَهُ**) أي إذا لم يجد أحدهما يلزمه التعجيل، وإن كان عدم الشفيع مساويا لعدم المشتري وهو قول محمد، وفي اللخمي: إن استوى الشفيع والمشتري في الثقة والملاء لم يلزم الشفيع إعطاء حميل، وإن استويا في العدم فقولان بناء على مراعاة التساوي أو أن البائع قد يثق بالمبتاع، والمبتاع قد لا يثق بالشفيع، وصوب اللخمي الأول؛ لأن الشفيع موسر بالحصة، وكذلك حكى صاحب البيان قولين إذا استويا في العدم، قال: وإن استويا في الملاء لم يلزم حميل باتفاق، وإن كان الشفيع أقل ملاءً لزمه حميل باختلاف، وإن كان أشد عدماً لزمه باتفاق.

فروع:

الأول: قال أشهب: إذا اشتراه بحميل أو رهن فليس للشفيع، وإن كان أملأ منه أخذُه بحميل أو رهن ومثله، وقال أشهب أيضا: إذا كان أملأ من الحميل ومن المشتري أخذه بلا رهن وبلا حميل، واختار محمد الأول.

الثاني: إذا تراخى قيام الشفيع حتى حلَّ الأجل ففي تأخير الشفيع إلى مثل ذلك الأجل قولان: قال مالك ومطرف وابن الماجشون وابن حبيب: يؤخر، وقال أصبغ: لا يؤخر؛ لأن الأجل الأول مضروب لهما معاً.

ابن يونس وصاحب البيان وغيرهما: والأول أصوب؛ لأن الشفيع يجب أن ينتفع بتأخير الثمن كما انتفع به المشتري.

الثالث: إن أخذه عن دين في الذمة ففي المذهب ثلاثة أقوال:

الأول: وهو مذهب المدونة أنه يأخذه بمثل الدين.

الثاني: يأخذه بقيمته، قاله ابن الماجشون وسحنون، ورأيا أن ما في المدونة من الدراهم كالعروض.

الثالث: الفرق فإن كان كالصداق إن كان عينا أخذه بمثله، وإن كان عرضا أخذه بقيمته، قاله أشهب ومحمد، وهو غلط وعلى مذهب المدونة فقال مالك في الواضحة: إن كان الدَّين يوم قيام الشفيع حالاًّ أخذ به حالاً، وإن كان بقي من الأجل شيء قال: مثل ما بقي هكذا نقل الباجي.

ابن زرقون: وهو غلط وإنما ينظر إلى ذلك يوم الشراء وكذلك هو في الموازية لا يوم قيام الشفيع.

ابن عبد السلام: وانظر لو كان الدين عرضاً وأراد الشفيع تعجيله للمشتري، وأبى المشتري وطلب التأخير إلى الأجل وأخذ الحميل ولم يجد الشفيع حميلاً كيف الحكم؟

فَلَوْ أَحَالَ الْبَائِعُ بِهِ لَمْ يَجُزْ

أي (**فَلَوْ أَحَالَ**) المشتري (**الْبَائِعُ بِهِ**) أي: بالثمن من المؤجل على الشفيع (**لَمْ يَجُزْ**) لأن الإحالة إنما تكون بما حل ولأن البائع قد ترتب له في ذمة المشتري دَيْن فباعه بدينٍ لهُ على الشَّفيع فيلزمه منه بيع الدَّيْنِ بالدَّيْنِ.

وَثَوَابُ الْهِبَةِ كَالثَّمَنِ فَلا يَأْخُذُ إِلا بَعْدَهُ، وَقَالَ أَشْهَبُ: إِنْ فَاتَ قَبْلَهُ أَخَذَهُ بِالأَقَلِّ

هبة الثواب بيع فلذلك يأخذ الشفيع الموهوب بما وقع به الثواب من مثلي أو مقوَّم وهذا معنى قوله: (**كَالثَّمَنِ**) لكنه لا يأخذه حتى يدفع الثواب؛ لأن الموهوب له مخير في الرد وفي الثواب هذا هو المشهور، وهو مذهب المدونة، وقال أشهب: كذلك إن أتى به قبل فوات الموهوب، وإن أتى به بعده فللشفيع أن يأخذه بالأقل من الثواب والقيمة؛ لأن الثواب إن كان أقل فهو الذي دفع وإن كانت القيمة أقل فهو متبرع بالزائد عليها؛ لأنه لم يكن يلزمه غيرها وفيه نظر؛ لأن أشهب وافق على أنه لو أتى به أكثر من القيمة قبل الفوات فإنه لا يأخذه إلا بذلك، فكذلك إذا عوضه بعده؛ لأن للموهوب تعويض القيمة فيها، وقال اللخمي: القياس أن لا يستشفع إلا بالأكثر من الثمن والقيمة سواء فات الموهوب أو لا؛ لأن قيمة الشقص إن كانت أكثر من الثواب فللموهوب أن يقول: إنما قبل مني هذا للصداقة بيني وبينه ونحو ذلك، وإن كان الثواب أكثر فإن ذلك العوض غالبا في هذا النوع.

تنبيه:

ما ذكرناه أنه لا شفعة إلا بعد دفع الثواب وهو نصُّ المدونة في باب الهِبات: فقال: إن وهب لرجل شِقْصاً من دارٍ على عوض سمَّيَاه أو لم يسمِّياه، أنَّه لا يأخذه بالشفعة حتى يثاب، وفي كتاب الشفعة: إن سمَّيَا العوض ففيه الشفعة بقيمة العوض، فحمله سحنون

على الخلاف، فمرة جعل ذلك كالبيعِ يلزمه بالتسمية ومرة نفى ذلك، وقيل: ليس بخلاف واستظهر، ويتأول قوله في الشفعة سماه على معنى عينه، وفي الهبة على أنه شرط الثواب لا غير، وإليه ذهب أبو عمران وغيره.

وَمَا حُطَّ مِنَ الثَّمَنِ بِعَيْبٍ فَيُحَطُّ اتِّفَاقاً، وَلِإبْرَاءٍ قَالَ أَشْهَبُ: يُحَطُّ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إِنْ كَانَ مِثْلُهُ يُحَطُّ عَادَةً ....

يعني: أن ما حط من الثَّمنِ بعد تقريره على المشتري لعيب فيحطّ اتفاقاً عن الشفيع، وإن حط لا لموجب بل لإرادة إصلاح البيع أو التبرع على المشتري، (**فَقَالَ أَشْهَبُ: يُحَطُّ**) وقال ابن القاسم: إنما يحط إذا كان مثله يحطُّ عادة، وهكذا في المدونة ففيها: ومن اشترى شِقْصاً بألفٍ ثم وضع عنه البائع تسعمائة درهم بعد أخذ الشفيع أو قبله نظر، فإن أشبه أن يكون ثمن الشِّقْص عند النَّاس مائة درهم إذا تَبَايعوا بينهم واشتروا بغير تغابن وضع ذلك عن الشفيع؛ لأن ما أظهر له من الثمنِ الأول إنما كانَ سبباً لقطع الشُّفْعَةِ وإنْ لم يشبه ثمنه أن يكون مائة لم يحط عن الشفيع، [٥٩٢/ أ] وإن كان لا يحط مثله عن الشَّفِيع شيئاً وكانت الوضيعة هبة للمبتاع، وقال في موضع آخر منها: إن يحط عن المبتاع ما يشبه أن يحط في البيوع، وضع ذلك عن الشفيع، وإنما لا يحط مثله، فهي هبة ولا يحط عن الشفيع شيئاً، وهذا الأخير هو الذي نقله المصنف على أنّ صاحبَ النُّكت وابن يونس قالا أن القولين ليسا بخلاف، وإنما هما راجعان إلى شيء واحد؛ لأن معنى قوله: وإن حط ما لا يحط في البيوع لا يوضع عنه شيء، يريد: وثمن الشقص أكثر من الباقي بعد الحطيطة، وأما إن كان ثمن الشقص مثل الباقي بعد الحطيطة فأقل فالأمر ما ذكر أولا.

عبدالحق: والحطيطة ثلاثة أقسام: منها ما يكون هبة للمبتاع لا يحط الشفيع، ومنها ما يشبه حطيطة البيع فيحط للشفيع، ومنها ما يظهراه لقطع الشفعة ثم يسقطاه ويكون الباقي مثل قيمة الشقص فهذا يحط للشفيع.

وَلا تُنْقَضُ الشُّفْعَةُ بِرَدِّ الثَّمَنِ الْمُقَوَّمِ بِعَيْبٍ أَوْ بِاسْتِحْقَاقِهِ، وَعَلَى الشَّفِيعِ قِيمَتُهُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَقِيمَةُ الشِّقْصِ عِنْدَ سُحْنُونٍ، فَيُخَيَّرُ الشَّفِيعُ وَعَلَى الْمُشْتَرِي قِيمَةُ الشِّقْصِ وَلَوْ وَقَعَ قَبْلَهَا امْتَنَعَتْ ....

يعني: إذا وقع البيع يقوَّم كعبد أو دار ثم استحق أورد بعيب، فإن كان ذلك قبل أخذ الشفيع بطلت الشفعة لانتقاض البيع قبلها إلا أن البائع يسترد البيع.

ابن عبد السلام: ولا أعلم في ذلك خلافاً، وإلى هذا أشار بقوله أخرى: ولو وقع قبلها امتنعت: أي وقع بأحدهما إما بالاستحقاق أو بالرد بالعيب، وإن كان بعد الأخذ بالشفعة انتقض ما بين البائع والمشتري ورجع البائع على المشتري بقيمة الشقص.

ابن القاسم: ولا ينتقض ما بين الشفيع والمشتري فلا يكون للشفيع على المشتري إلا قيمة المقوَّم المستحق أو المردود بعَيْب، وبه قال أشهب وأصبغ.

محمد: وهو أحبُّ إليَّ، وهذا معنى قوله: (**وَعَلَى الشَّفِيعِ قِيمَتُهُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ**) أي قيمة المقوم، وقال عبد الملك وسحنون: ينتقض ما بين الشفيع والمشتري أيضاً ويكون على الشفيع قيمة الشِّقْص كما كانت على المشتري، وهو معنى قوله: (**وَقِيمَةُ الشِّقْصِ عِنْدَ سُحْنُونٍ، فَيُخَيَّرُ الشَّفِيعُ**)، فإن شاء أخذ قيمة الشقص، وإن شاء ترك، فإن كانت قيمة الشقص أكثر أخذها إن شاء، وإن كانت أقل رجع على المشتري بما بقي عنده، والأول أصح؛ لأن الشفعة بيعٌ حادث فلا يلزم من انتقاضه بين البائع والمشتري انتقاضه بين الشفيع والمشتري، فلو كانت قيمة العبد خمسين وقيمة الشِّقْص خمسين فلا إشكال، وإن كانت قيمة العبد خمسين وقيمة الشِّقْص ستين فلا رجوع للمشتري على الشفيع بالعشرة الزائدة عند ابن القاسم ويرجع بها عند سحنون وعبد الملك إن اختار الأخذ بالشفعة، وإن كانت قيمة الشِّقْص أربعين فلا رجوع للشفيع عند ابن القاسم ويرجع عند سحنون وعبد الملك ويأخذ العشرة الزائدة.

وَأَمَّا النُّقُودُ فَبَدَلُهَا

يعني: ولو كان ثمن الشقص نقدا دراهم أو دنانير فاستُحِق أو اطُّلع على عيب بذلك الثمن، فلا أثر لذلك في إسقاط الشفعة سواء كان ذلك قبل الأخذ بالشفعة أو بعدها لوجوب القضاء بمثل ذلك العيب فإنها لا تتعين.

وَفِي غَيْرِهَا قَوْلانِ: بَدَلُهَا وَقِيمَةُ الشِّقْصِ، فَيَجِيءُ فِي الشَّفِيعِ الْقَوْلانِ

أي: في غير الثمن المقوم والنقود، وهو العَرَض المثلي، يعني وإن كان الثمن عرضاً مثلياً فاستحق أو رد بعيب فاختلف هل يرجع إلى بدل تلك العروض المثلية كالنقد أو إلى قيمة الشقص كما لو كان العرض مقوماً على قولين: **والأول**: في الموازية، **والثاني**: لسحنون ومحمد وغيرهما، وهو الصواب عند جماعة من الشيوخ؛ لأن القاعدة أن من باع عرضاً بعرض ثم استحق ما بيده يرجع بقيمة ما خرج من يده أولاً، لا بما استحق منها إلا في بعض مسائل شذت في المذهب، وإن رويت على القولين فقط غلط سحنون وغيره في روايتها على معنى الأول، وهذا الخلاف إنما هو إذا كان الاطلاع على العيب بعد أخذ الشفيع وأما إن كان قبله فيبطل البيع بالاتفاق، فتبطل الشفعة وعلى القول بأن على المشتري قيمة الشِّقْص، يختلف هل ينتقض ما بين الشفيع والمشتري أو لا على القولين السابقين، أي قول ابن القاسم وسحنون ولا روايتها، قال المصنف: (**الْقَوْلانِ**) فأتى بأل الدالة على العهد.

وَلَوْ تَنَازَعَا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِيمَا يُشْبِهُ بِيَمِينٍ، وَإِلا فَقَوْلُ الشَّفِيعِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِيمَا يُشْبِهُ بِغَيْرِ يَمِينٍ، وَفِي غَيْرِهِ بِيَمِينٍ....

أي: إذا تنازع الشفيع والمشتري في قدر الثمن (**فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِيمَا يُشْبِهُ بِيَمِينٍ**) إن ادعى عليه الشفيع المعرفة.

صاحب البيان: ولا خلاف في هذا، واختلف إذا لم يدّع الشفيع المعرفة واتهم المشتري أن يكون اشتراه بأقل هل له تحليف المشتري أم لا على الخلاف في توجيه يمين التهمة؟

وظاهر المدونة في توجه هذه المسألة سقوطها، ونص المتيطي على أن الأشهر في المذهب سقوط اليمين، قال: وهو دليل المدونة، وقال أصبغ: يحلف المبتاع فيما لا يشبه ويصدق فيما يشبه، واختار اللخمي توجيهها قال: لأنه قد كثرت الحيل من الناس على إسقاط الشفعة إلا أن يكون المشتري من أهل الدين والأمانة، وظاهر قول المصنف أن القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه سواء أتى الشفيع بما يشبه أم لا.

قوله: (**وَإِلا**) أي: وإن لم يأتِ المشتري بما يشبه فقول الشفيع، يريد إذا أتى بما يشبه أما إن أتى بما لا يشبه، فقال اللخمي وصاحب البيان: حلفا جميعاً ورد إلى الوسط بما يشبه فيأخذه به أو يدع، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فالشفعة بما حلف عليه الحالف منهما، وحكى في البيان قولاً آخر أن القول قول المشتري مع يمينه، وهذا هو قول أشهب الذي حكاه المصنف بقوله: (**وَقَالَ أَشْهَبُ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي**) أي: مطلقاً أتى بما يشبه أم لا، غير أنه إن أتى بما لا يشبه حلف على ذلك، وإن أتى بما يشبه لم يكن عليه يمين.

تنبيه:

ومن دعوى المشتري ألا شبه أن يكون هذا المشتري من الملوك وشبههم الذين يرغبون في الدار الملاصقة لهم، ويزيدون في ثمنها، فكيف بما لهم فيه شركة، قاله مالك في المدونة والعتبية وغيرهما، قال في العتبية: وإذا كان من هؤلاء الملوك، فلا يمين عليه إلا أن يأتي بما لا يشبه.

قال في البيان: والشيوخ يحملون ما في المدونة على الخلاف للمدونة؛ لأنه قال في المدونة: القول قول المشتري، فقال الشيوخ: يعني مع يمينه، قال: وليس ذلك عندي

صحيح؛ لأن رواية أشهب [٥٩٢/ب] محمولة على ما إذا لم يتحقق الدعوى على المشتري وإنما اتهمه فلم يوجبها عليه إلا في الموضع الذي تظهر تهمته وهو إذا أتى بما لا يشبه، ومعنى المدونة محمول على ما إذا تحقق كل واحد منهما الدعوى على صاحبه، قال في المدونة: أقاما بينة وتكافأت في العدالة؛ كمن لا بينة له ويصدق المبتاع؛ لأن الدار في يده، قال سحنون: لا بطلان في التكافي والبينة بينة المبتاع ومثله لأشهب.

ابن يونس: وهذا إذا كانت الشهادتان بمجلس واحد، وفي الموازية: إن كانت الشهادتان عن مجلسين فالقول للشفيع وإن كانوا عدولاً وإن كانت ببينة الآخرون أعدل؛ لأنه إن كانت بينة الشفيع قبل فقد زاده في الثمن، وإن كانت بعد فقد أسقط عنه من الثمن واختلف عند عدم البينة هل تقبل شهادة البائع، فقال ابن المواز: لا يقبل قوله وإن كان عدلا، ويقرب منه في كتاب ابن مزين، وقال صاحب البيان: لا يمتنع عندي أن يكون شاهدا يحلف معه إذا كان لا يتهم في شهادته، وأما إن طال الزمان حتى نسي الثمن، وقال المشتري: لا أعلمه من طول الزمان في غيبة السفر؛ سقطت الشفعة.

وفي الموازية والمجموعة: إذا أتى المشتري بما لا يشبه وجهل الثمن أخذه الشفيع بقيمته يوم البيع؛ ونحوه لأصبغ.

فلو أنْكَرَ الْمُشْتَرِي الشِّرَاءَ - وَالْبَائِعُ مُقِرٌّ - حَلَفَ وَسَقَطَتِ الْعُهْدَةُ، وَقِيلَ: يَأْخُذُهُ لأَنَّ الْبَائِعَ مُقِرٌّ أَنَّ الشفيع أَحَقُّ، وَاخْتَارَهُ اللَّخْمِيُّ....

تجوَّز في إطلاق لفظتي البائع والمشتري مع أن البيع لم يثبت وهو نظير قوله تعالى: ﴿ ذُقْ إِنَّكَ أَنتَ ٱلْعَزِيزُ ٱلْكَرِيمُ ﴾ [الدخان:٤٩]، فإذا أنكر المشتري شراء الشقص الذي فيه الشفعة وادعاه البائع، ففي المدونة: يتحالفان ويتفاسخان، وليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة بإقرار البائع؛ لأن عهدته على المشتري.

أبو محمد: قوله: تحالفا إنما يعني أن المبتاع وحده يحلف فإذا حلف برئ وعلى هذا فصواب قوله (تحالفا) أن يقول: حلف المشتري، وقال عياض: يصح في هذا اللفظ التحالف، وعلى كل واحد منهما يمين في خاصته في وجه ما، ولكل واحد منهما تحليف صاحبه، أما المشتري فلجحده، وأما البائع فإذا نكل المشتري.

وقوله: **(وَقِيلَ: يَأْخُذُهُ لأَنَّ الْبَائِعَ مُقِرٌّ أَنَّهُ أَحَقُّ)** أي أن الشفيع أحق بالشِّقص منه، وكلامه يوهم أن القول الثاني عام في الحاضر والغائب، وإنما في الموازية في من قال أنَّه باع من فلان وفلان منكر أو غائب أنه لا شفعة له إن أنكر، وإن كان غائبا؛ فإن كان بعيد الغيبة فالشفعة للشفيع؛ لأن البائع مقر أنه أولى منه، فإن قدم الغائب فأقر كانت العهدة عليه، وإن أنكر رجع الشقص إلى البائع.

محمد: وأحبُّ إليَّ أن لا يرجع الشقص إلى البائع، وإن أنكر الغائب؛ لأن البائع مقرٌّ أنَّ الشفيع أحقُّ به بذلك الثمن، وتكتب عهدة الثمن على البائع.

اللخمي: وقول محمد صواب؛ فإن الحاضر مثله.

فانظر كيف فصل في هذا القول بين الغائب والحاضر، وإنما سوَّى بينهما اللخمي.

* * *

انتهى المجلد السادس

من كتاب التوضيح

للشيخ خليل بن إسحاق الجندي

ويليه المجلد السابع وأوله

كتاب القسمة

فهرس المجلد السادس

* فهرس موضوعات المجلد السادس *

